

## **Symposium: The EEA Agreement\***

### **Le système institutionnel de l'EEE Aspects généraux**

*Mathias-Charles Krafft\*\**

#### **I. Introduction**

1. Dans son avis 1/91 rendu le 14 décembre 1991,<sup>1</sup> la Cour de justice des Communautés européennes a examiné, conformément à la demande de la Commission, la compatibilité avec le Traité CEE du système de contrôle juridictionnel que l'Accord sur l'Espace économique européen (Accord EEE) envisageait de mettre en place. Elle a tenu à préciser qu'elle n'entendait pas se prononcer sur les autres dispositions de l'Accord EEE, et notamment sur celles concernant le processus de décision. Il peut être néanmoins intéressant de mentionner dans ce contexte certains éléments de l'analyse que la Cour a faite de la nature juridique de l'Accord EEE et de ses institutions.

C'est ainsi que la Cour a souligné le fait que l'Espace économique européen devait être réalisé sur la base d'un traité international qui ne créait, en substance, que des droits et des obligations entre les parties contractantes et qui ne prévoyait aucun

\* Earlier versions of several contributions to the symposium were presented at the International Colloquium on the EEA Agreement organized at the University of Neuchâtel (Switzerland) on 7-9 May 1992. The Editorial Board wishes to express its gratitude to the conference organizer, Professor O. Jacot-Guillarmod, for authorizing their separate publication.

\*\* Ambassadeur, chef de la Direction du droit international public, Département fédéral des affaires étrangères, Berne, Professeur à la faculté de droit de l'université de Lausanne.

<sup>1</sup> L'avis a été publié dans la *Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE)* (1/1992) 99-110.

transfert de droits souverains au bénéfice des organes intergouvernementaux qu'il instituait (paragraphe 20 de l'avis). Elle a en outre constaté que l'Accord EEE reprenait une partie essentielle des règles, y compris celles du droit dérivé, qui régissent les relations économiques et commerciales à l'intérieur de la Communauté et qui constituent, pour la plupart, des dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire (paragraphe 41). La Cour a également noté que l'intention des parties contractantes était d'étendre à l'EEE le droit communautaire dans les domaines couverts par l'Accord, au fur et à mesure qu'il se créait, se développait ou se modifiait (paragraphe 4).

Ce bref aperçu de l'opinion de la Cour de justice nous amène à formuler une première remarque qui a trait à la nature *hybride* de l'Accord EEE:<sup>2</sup> si l'EEE doit être réalisé sur la base d'un traité international qui déploie des effets de droit international public<sup>3</sup> et qui institue des organes intergouvernementaux, ce traité incorpore des dispositions qui relèvent d'un nouvel ordre juridique présentant des caractéristiques bien déterminées, que la Cour n'a pas manqué de rappeler dans son avis (paragraphe 21), et qui a un caractère évolutif.<sup>4</sup>

2. L'avis 1/92 rendu par la Cour de justice le 10 avril 1992 se prononce uniquement, conformément à la demande formulée par la Commission le 25 février 1992, sur les dispositions de l'Accord EEE qui ont été renégociées à la suite de son premier avis, c'est-à-dire principalement sur les dispositions visant à garantir l'homogénéité dans l'interprétation et l'application du droit dans l'EEE et sur celles qui ont trait au règlement des différends. A ce propos, la Cour a notamment relevé que les divergences qu'elle avait constatées, dans son avis du 14 décembre 1991, entre les finalités et le contexte de l'Accord EEE, d'une part, et ceux du droit communautaire, d'autre part, subsistaient (paragraphe 17 et 18 de l'avis). Elle a également souligné à plusieurs reprises l'importance de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, principe dont la Cour devait assurer le respect en vertu de l'article 164 du Traité CEE. C'est ainsi, en particulier, que le règlement de certains différends par une procédure d'arbitrage n'a été jugé admissible que parce qu'il n'était pas de nature à porter atteinte à cette autonomie (paragraphe 36).

Par ailleurs, l'attribution à la Cour de justice des Communautés européennes de nouvelles compétences en matière d'interprétation de l'Accord EEE dans le cadre des dispositions de cet Accord sur le règlement des différends n'a été considérée comme acceptable qu'à la condition que cette attribution ne dénature pas la fonction de la Cour telle qu'elle est conçue dans le Traité CEE (paragraphe 32). Dans ce contexte, la

<sup>2</sup> Cf. notamment R. Jagmetti, «La démocratie directe et le défi de l'EEE», *Suisse-Europe: Feux croisés*, Rencontres Suisses (1992) 71.

<sup>3</sup> Cf. le rapport d'information du Conseil fédéral du 26 novembre 1990 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, 27.

<sup>4</sup> Cf. Dewost, «La réserve de développement du droit communautaire vue de Bruxelles», in O. Jacot-Guillarmod (éd.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, (1990) 270, n° 716.

Cour a tenu à insister sur le caractère contraignant de sa jurisprudence (paragraphe 34 et 35).

## **II. Rappel de quelques étapes importantes de la négociation sur le plan institutionnel**

1. Dans le discours qu'il a prononcé le 17 janvier 1989 devant le Parlement européen à Strasbourg, M. Jacques Delors, Président de la Commission des Communautés européennes, a formulé un certain nombre de considérations sur les relations futures de la Communauté avec les Etats membres de l'AELE.<sup>5</sup> Dans cette réflexion, M. Delors a commencé par relever que deux voies étaient ouvertes: ou bien continuer dans le cadre des relations actuelles, fondées sur le renforcement continu d'une coopération pragmatique et bilatérale, pour aboutir finalement à une zone de libre-échange englobant la Communauté et les pays membres de l'AELE; ou bien «rechercher une nouvelle forme d'association, qui serait plus structurée sur le plan institutionnel, avec des organes communs de décision et de gestion, et ce afin d'accroître l'efficacité de notre action». Le Président de la Commission a poursuivi en ces termes:

Sur le cadre institutionnel de cette coopération, il est prématuré d'entrer dans les détails. J'ai mes propres idées, mais elles doivent tout d'abord être discutées par la nouvelle Commission, puis, de manière informelle et sans engagement, avec les pays intéressés. Observons cependant que les solutions possibles ne seront pas les mêmes selon que l'Association européenne de libre-échange décidera ou non de renforcer ses propres structures. Dans l'affirmative, le cadre de notre coopération reposerait sur deux piliers, constitués par nos deux organisations. Dans la négative, il ne pourrait s'agir que d'un schéma se fondant sur les règles communautaires, lesquelles seraient étendues, dans certains domaines à préciser, aux pays membres de l'AELE qui le souhaiteraient, puis, peut-être, dans l'avenir, à d'autres nations européennes.

2. L'initiative de M. Delors a été accueillie favorablement par les chefs de gouvernement des Etats membres de l'AELE, qui, dans leur Déclaration d'Oslo du 15 mars 1989, se sont déclarés prêts à étudier avec la Communauté européenne les moyens «de réaliser une forme d'association plus structurée avec des organes communs de décision et de gestion».<sup>6</sup> Les résultats de ces travaux exploratoires ont été consignés dans un document en date du 20 octobre 1989.<sup>7</sup> Les négociateurs y

<sup>5</sup> Des extraits de ce discours ont été publiés dans O. Jacot-Guillarmod, *supra* note 4, 510-513. Lire aussi le rapport d'information du Conseil fédéral du 26 novembre 1990 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, 12-13. Selon le Conseil fédéral, la Communauté européenne visait ainsi à offrir aux pays d'Europe occidentale qui n'étaient pas membres de la Communauté une forme attrayante de participer au grand Marché, différente de l'adhésion.

<sup>6</sup> *Supra* note 5, 515; FF 1990 I 381.

<sup>7</sup> Résultats de la réunion du groupe d'orientation à haut niveau de la Commission européenne et des pays de l'AELE, Bruxelles, le 20 octobre 1989. Le texte original en anglais est reproduit dans

relèvent notamment qu'un accord a pu être trouvé sur un certain nombre de problèmes juridiques. Pour ce qui est de la question centrale du processus de formation et de prise de décisions concernant la législation future, le document note que plusieurs possibilités ont été examinées, notamment une structure fondée sur des «piliers» AELE et Communauté séparés, «en osmose constante au cours de la phase de formation des décisions». Il ajoute que les deux parties ont reconnu que l'objectif consistait à aboutir, à la fin du processus, à une décision commune qui serait adoptée par consensus par les parties contractantes.

La position des deux parties est ensuite résumée de la manière suivante:

Pour la Commission, la solution envisagée implique que chaque partie conserve tout au long du processus son autonomie en matière de prise de décisions.<sup>8</sup> Elle a en outre souligné la nécessité, pour l'AELE, de renforcer sa propre structure pour que la formule à deux piliers puisse fonctionner efficacement.

Les pays membres de l'AELE, de leur côté, ont fait valoir qu'un véritable mécanisme de prise de décisions commun, «dans la forme et sur le fond», serait une condition préalable essentielle pour que l'accord soit politiquement acceptable et produise tous ses effets juridiques.<sup>9</sup> Si une décision commune ne pouvait pas être prise dans un délai donné, les parties contractantes seraient alors libres d'agir «selon leurs propres procédures».

3. Le 17 janvier 1990, à l'occasion de la présentation du programme de travail de la Commission devant le Parlement européen, M. Jacques Delors est revenu brièvement sur les relations entre la Communauté européenne et les pays membres de l'Association européenne de libre-échange, en relevant ce qui suit:

... je voudrais être franc avec ces pays, comme il sied entre amis, puisque le débat porte aujourd'hui sur le processus de décision. Il faut assurer une osmose entre le pilier de la

l'ouvrage cité à la note 5, 521-524. Cf. aussi FF 1990 I 398 à 402. Dans l'aperçu historique qu'il a présenté dans son rapport d'information du 26 novembre 1990 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, le Conseil fédéral désigne la période s'étendant de mars à décembre 1989 comme étant celle du dialogue informel (16-19). Il relève notamment qu'un terrain d'entente suffisant a pu être trouvé entre les pays de l'AELE et la CE pour envisager la possibilité de négocier un traité global couvrant les aspects de fond et les aspects juridiques et institutionnels du futur EEE.

<sup>8</sup> Cette exigence n'était pas nouvelle. Le principe du respect de l'autonomie du processus de décision communautaire a été affirmé à plusieurs reprises par la Commission, notamment à partir de 1987. Lire à ce sujet Krafft, «La réserve du développement du droit communautaire vue de Berne», in O. Jacot-Guillarmod, *supra* note 4, 254, n° 677.

<sup>9</sup> La communication adressée par la Commission des Communautés européennes au Conseil, le 22 novembre 1989, sur les relations futures entre la Communauté et l'AELE, précise que ce mécanisme, tel qu'il était envisagé par les pays membres de l'AELE, serait combiné avec une participation directe des pays de l'AELE au processus de formation des décisions de la Communauté. La Commission ajoute qu'un tel modèle remettrait en question le système institutionnel de la Communauté et son autonomie en matière de prise de décisions. Il impliquerait par conséquent une modification des Traités instituant les Communautés européennes et serait considéré comme inacceptable par la Commission.

Communauté et celui qui devrait être constitué par l'AELE telle que les intérêts de celle-ci soient pris en considération lors de l'élaboration des principales décisions communautaires. Mais on ne saurait aller jusqu'à une codécision qui ne peut en effet résulter que de l'adhésion et donc de l'acceptation de l'ensemble du contrat de mariage...

Le message était clair. Quelle a été la réaction des pays membres de l'AELE?

La Déclaration de Göteborg adoptée le 14 juin 1990 à l'issue de réunions des chefs de gouvernement et des ministres des pays de l'AELE parle d'un «cadre juridique et institutionnel approprié», devant assurer aux deux parties le droit de prendre des initiatives concernant l'EEE, prévoir l'élaboration en commun des règles régissant l'EEE et des décisions conjointes y relatives. Elle répète l'exigence de la création d'un «véritable mécanisme commun de prise de décisions, quant au fond et à la forme».<sup>10</sup> Le message des Ministres de l'AELE à la Communauté européenne relatif à la négociation du traité établissant l'EEE, du 23 octobre 1990, évoque la possibilité de réaliser «une percée politique» comprenant notamment des arrangements juridiques et institutionnels qui permettent une gestion et un développement en commun de l'EEE, et, en particulier, «un véritable mécanisme de décision en commun».<sup>11</sup>

4. Les principaux éléments du cadre juridique et institutionnel dont parle la Déclaration de Göteborg ont été définis à Bruxelles, le 19 décembre 1990, dans la Déclaration commune adoptée à l'occasion d'une rencontre des Ministres des Etats membres et de la Commission des Communautés européennes, d'une part, et des Ministres des pays membres de l'AELE, d'autre part.<sup>12</sup> Cette Déclaration constate que des progrès importants ont été réalisés concernant les questions juridiques et institutionnelles, après avoir rappelé qu'il convenait de respecter la pleine autonomie de décision des parties et de prévoir des procédures qui garantissent réellement la prise en compte- de leurs positions, afin de faciliter l'obtention d'un consensus dans les décisions relatives à l'EEE.

La Déclaration du 19 décembre 1990 apporte également les précisions suivantes au sujet du processus conduisant à l'élaboration et à l'adoption de nouvelles règles applicables au sein de l'EEE:

Il a été reconnu que les experts des parties contractantes devraient pouvoir intervenir à égalité dans l'élaboration de propositions communautaires relatives à de nouvelles dispositions législatives sur des questions ayant trait à l'EEE. En assurant un processus

<sup>10</sup> *Supra* note 5, 541; FF 1991 I 426-427. La Déclaration poursuit en ces termes: «Nous sommes persuadés que des arrangements dans ce sens peuvent se concilier avec la nécessité de sauvegarder l'autonomie de décision de chacune des parties. L'arrangement institutionnel doit veiller à ce qu'aucune des deux parties ne soit mise devant le fait accompli...»

<sup>11</sup> FF 1991 I 434. Le message mentionne également l'existence d'un lien indissoluble entre la substance et les institutions et relève que le processus d'intégration dans lequel les pays de l'AELE et la Communauté européenne sont engagés doit avoir pour base «l'équité» et des «relations de partenariat».

<sup>12</sup> FF 1991 I 442-443.

permanent d'information et de consultation au cours de la phase de formation des décisions, les parties contractantes mettront tout en oeuvre pour favoriser de bonne foi un accord commun sur les questions qui auront été identifiées comme relevant du domaine de l'EEE. Elles auront la possibilité, durant ce processus, de soulever un point qui les préoccupe à tout moment et à tout niveau sans occasionner de retards supplémentaires (droit d'évocation). Les décisions au niveau de l'EEE seront prises par consensus, les pays de l'AELE s'exprimant d'une seule voix, et seront des décisions de droit international public; aucun transfert de pouvoir législatif à l'EEE en tant que tel n'est nécessaire.

Ce passage de la Déclaration est important, car il contient en germe les principaux acquis de la négociation qui seront ensuite incorporés dans les dispositions du traité relatives à la procédure décisionnelle (Chapitre 2 de la Septième partie de l'Accord EEE).

Sur le plan institutionnel, la Déclaration prévoit la création d'un Conseil de l'EEE, constitué des membres du Conseil des Communautés européennes, de membres de la Commission et des ministres des pays membres de l'AELE. Le Conseil sera notamment compétent pour indiquer les orientations et donner l'impulsion politiques générales, pour procéder à l'évaluation globale du fonctionnement et de l'évolution de l'Accord et pour prendre les décisions politiques entraînant des modifications de l'Accord. Un organe mixte de l'EEE sera en outre responsable de la mise en oeuvre et du fonctionnement de l'Accord et sera, en particulier, compétent pour prendre les décisions relatives à l'EEE. Ces dernières seront prises par consensus des Communautés européennes, d'une part, et des pays membres de l'AELE s'exprimant d'une seule voix, d'autre part.

5. De nouveaux progrès ont été enregistrés dans la Déclaration commune adoptée à Bruxelles le 14 mai 1991 par les Ministres des Etats membres et la Commission des Communautés européennes, d'une part, et les Ministres des Etats membres de l'AELE, d'autre part. En ce qui concerne les questions juridiques et institutionnelles, les participants ont tout d'abord réaffirmé les principes énoncés dans la Déclaration commune du 19 décembre 1990.<sup>13</sup> Ils ont estimé qu'il convenait de parvenir à des solutions institutionnelles permettant d'assurer le maximum d'homogénéité juridique au sein de l'EEE, sans compromettre l'autonomie de décision des parties contractantes, le processus d'intégration des Communautés européennes et la spécificité du droit communautaire. Ils ont également souligné l'importance qu'ils attachaient au développement d'un processus continu d'information et de consultation au cours du processus législatif communautaire, ainsi qu'à une participation aussi large que possible d'experts des pays membres de l'AELE lors de la phase préparatoire des projets de mesures soumis ultérieurement à des comités par la Commission.

Après avoir rappelé que les décisions au niveau de l'EEE étaient prises par consensus, les participants à la réunion ministérielle ont reconnu que si une difficulté

<sup>13</sup> FF 1992 I 1150-1152.

sérieuse devait surgir dans des domaines qui relèvent, dans les pays de l'AELE, de la compétence du législateur, cette difficulté devrait être examinée par le Comité mixte, qui s'efforcerait en premier lieu de chercher une solution acceptable pour toutes les parties et permettant de conserver l'Accord dans son intégralité, sans préjudice de la possibilité de recourir ultérieurement, si nécessaire, à une clause de sauvegarde générale et à des mesures de rééquilibrage.

La Déclaration commune insiste aussi sur la nécessité de disposer, dans l'EEE, d'un système de surveillance efficace constitué, d'une part, de la Commission des Communautés et, d'autre part, d'un mécanisme AELE fonctionnant de manière analogue à celui qui existe dans la Communauté, ainsi que d'un mécanisme juridictionnel indépendant. Les éléments de ce dernier mécanisme, comportant notamment la création d'une Cour indépendante de l'EEE, ont été, comme on le sait, jugés incompatibles avec le Traité CEE par la Cour de justice des Communautés dans son avis 1/91.

Il convient, enfin, de noter que les participants à la réunion de Bruxelles ont relevé, d'une part, qu'un accord d'ensemble sur l'EEE devait être fondé sur «le principe de l'égalité» et devrait garantir «le caractère global et équilibré de leur coopération»<sup>14</sup> et, d'autre part, qu'un accord final était subordonné à une solution acceptable pour les deux parties à toutes les questions faisant l'objet des négociations, tant de fond que d'ordre institutionnel, ainsi qu'à «un équilibre général des avantages, des droits et des obligations».<sup>15</sup>

### **III. Analyse des résultats de la négociation sur le plan institutionnel à la lumière de la nature juridique et de la structure de l'Accord EEE**

1. Le rappel des principales étapes de la négociation sur le plan institutionnel permet de mettre en lumière certains aspects essentiels des positions exprimées par la Communauté, d'une part, et par les Etats membres de l'AELE, d'autre part. Le cadre juridique et institutionnel a été défini dans les termes suivants par le Président de la Commission le 17 janvier 1989: il s'agissait de rechercher «une nouvelle forme d'association, qui serait plus structurée sur le plan institutionnel, avec des organes communs de décision et de gestion». Une année plus tard, M. Jacques Delors a apporté une précision: cette nouvelle forme d'association ne saurait déboucher sur une véritable «codécision» qui ne pouvait résulter que de l'adhésion à la Communauté. Ultérieurement, la Commission et les Etats membres n'ont pas manqué de rappeler l'importance qu'ils attachaient au respect de l'autonomie de décision des Parties contractantes, du processus d'intégration des Communautés européennes et de la spécificité du droit communautaire.<sup>16</sup> Pour sa part, la Cour de

<sup>14</sup> FF 1992 I 1145.

<sup>15</sup> FF 1992 I 1146.

<sup>16</sup> Ces conditions ont été analysées en détail dans un rapport présenté en octobre 1989 par J. Temple

justice, dans ses avis 1/91 et 1/92, a souligné avec force les exigences attachées à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire.

De leur côté, les pays membres de l'AELE ont commencé par demander l'établissement d'«un véritable mécanisme commun de prise de décisions, quant au fond et à la forme»,<sup>17</sup> puis ils ont réclamé des arrangements juridiques et institutionnels qui permettent «une gestion et un développement en commun de l'EEE»,<sup>18</sup> ainsi que «des procédures qui garantissent réellement la prise en compte de leurs positions afin de faciliter l'obtention d'un consensus dans les décisions relatives à l'EEE».<sup>19</sup> Finalement, ils ont souligné l'importance qu'ils attachaient, pour assurer le maximum d'homogénéité juridique au sein de l'EEE, au développement d'«un processus continu d'information et de consultation au cours du processus législatif communautaire».<sup>20</sup>

Les positions exprimées par les Etats membres de l'AELE ont été, d'une manière générale, fidèlement reflétées par le Conseil fédéral suisse dans ses rapports sur la politique économique extérieure,<sup>21</sup> ainsi que dans son rapport d'information du 26 novembre 1990 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne.<sup>22</sup> Un point mérite d'être précisé à cet égard. Il n'a jamais été question, pour les pays membres de l'AELE, de s'immiscer dans les procédures de décision internes de la Communauté ou de revendiquer un quelconque droit de «codécision» dans les affaires communautaires. Ainsi que le relevait l'ambassadeur Bruno Spinner en octobre 1989,

... the EFTA states do not wish to interfere in one way or other into the internal EC decision-making process. Their limited, but very important, aspiration is simply to participate fully in the decision-making which will create rules that are binding on them and on their nationals...<sup>23</sup>

Lang lors d'une conférence organisée à Dublin par le «Irish Centre for European Law». Cf. son rapport intitulé «Institutional Aspects of EC-EFTA Relations», in *Creating a European Economic Space: Legal Aspects of EC-EFTA Relations* (1990) 17-62.

17 Déclaration de Göteborg du 14 juin 1990 (note 10).

18 Message adopté à Genève le 23 octobre 1990 (note 11).

19 Déclaration commune de Bruxelles du 19 décembre 1990 (note 12).

20 Déclaration commune de Bruxelles du 14 mai 1991 (note 13).

21 Rapport du 10 janvier 1990 sur la politique économique extérieure 89/1+2, FF 1990 I 286; rapport du 9 janvier 1991 sur la politique économique extérieure 90/1+2, FF 1991 I 322; rapport du 15 janvier 1992 sur la politique économique extérieure 91/1+2, FF 1992 I 1046-1047.

22 Cf., en particulier, les pages 68 et ss. de ce rapport. Le Conseil fédéral y relève notamment (p. 72) qu'un des principaux objectifs de la négociation, en ce qui concerne les aspects institutionnels du traité EEE, est de trouver des mécanismes de coopération à même de garantir une véritable participation de toutes les parties contractantes aux mécanismes de décision, dans la sauvegarde de l'autonomie de chacune d'elles.

23 «Institutional Development and Linkages – a Response», in *Creating a European Economic Space: Legal Aspects of EC-EFTA Relations*, supra note 16, 96.



2. L'Accord EEE est un accord d'association au sens de l'article 238 du Traité CEE.<sup>24</sup> L'originalité de ce type d'accord réside dans le caractère institutionnalisé de l'association, par laquelle la Communauté, selon les termes de l'arrêt *Demirel* de la Cour de justice des Communautés, «crée des liens particuliers et privilégiés avec un Etat tiers qui doit, du moins partiellement, participer au régime communautaire».<sup>25</sup> Dans le cas d'espèce, on se trouve en présence d'un accord d'association global visant à la réalisation, sur la base de l'acquis communautaire pertinent, de la libre circulation, à l'intérieur de l'EEE, des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.

Nous avons déjà relevé, dans notre introduction, la nature hybride de l'Accord EEE résultant de la coexistence, au sein de l'EEE, de normes communautaires relevant d'un ordre juridique propre et de règles conventionnelles insérées dans un traité international.<sup>26</sup> Du point de vue institutionnel, l'Accord EEE est asymétrique. Ce caractère est étroitement lié au fait que la structure de l'EEE est fondamentalement celle d'une association des pays membres de l'AELE aux procédures institutionnelles de la Communauté européenne et qu'elle est en outre organisée selon une construction qui repose sur deux piliers, la Communauté, d'une part, et les pays membres de l'AELE, d'autre part.<sup>27</sup> Alors que l'article 97 EEE consacre le principe de l'autonomie du processus législatif de chaque Partie contractante, principe qui est également rappelé dans le dernier considérant du préambule de l'Accord EEE, les dispositions suivantes relatives à la procédure décisionnelle ne traitent que de l'élaboration d'une nouvelle législation communautaire et des modalités de son extension aux pays membres de l'AELE.<sup>28</sup> Cette asymétrie a été encore renforcée par la suppression de la Cour EEE, conséquence nécessaire de l'avis 1/91 rendu le 14 décembre 1991 par la Cour de justice des Communautés.<sup>29</sup> L'absence d'un organe juridictionnel commun ne peut

24 Le Conseil fédéral suisse qualifie l'Accord dans les termes suivants: «L'Accord sur l'EEE est un accord d'association privilégiée par lequel la Suisse et ses partenaires de l'AELE reprennent le droit communautaire conjointement identifié réalisant le marché intérieur de la CE et sont associés au développement de celui-ci par une procédure d'information et de consultation.» (FF 1992 I 1046).

25 CJCE, arrêt du 30 septembre 1987, affaire 12/86, *Demirel*, Rec. 3751.

26 Cf. A. Toledano Laredo, *Legal Features of the Emerging EES*, conférence prononcée lors d'un séminaire à la «London School of Economics and Political Science» (23-24 novembre 1990) 6: «... an important part of Community law shall, through the EC-EFTA Agreement, transit through the realm of public international law to then become a part of the EFTA States' legal systems...»

27 L'Accord EEE est fondamentalement un traité multilatéral conclu entre, d'une part, les Etats qui sont membres de l'AELE et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres. Lorsqu'elle analyse le système de règlement des différends de l'Accord et, en particulier, les compétences de la Cour AELE, la Cour de justice des Communautés semble toutefois admettre implicitement le caractère bilatéral de l'Accord (cf. notamment le paragraphe 19 de son avis 1/92 du 10 avril 1992).

28 Cet aspect a été particulièrement souligné par la Commission dans la demande d'avis qu'elle a adressée, le 13 août 1991, à la Cour de justice des Communautés européennes. La Commission y parle notamment d'étendre l'acquis communautaire et son devenir à l'EEE, d'une «projection» du droit communautaire dans l'EEE.

29 Rappelons que cet avis avait conclu à l'incompatibilité du système de contrôle juridictionnel

en effet que souligner la prédominance de la Cour de Luxembourg en ce qui concerne l'interprétation des dispositions de l'Accord EEE qui sont identiques en substance à des règles communautaires.

3. Le professeur Ignaz Seidl-Hohenveldern note, dans son manuel sur le droit des organisations internationales, y compris les communautés supranationales, que la forme juridique de l'association à une organisation internationale n'offre à l'Etat qui s'associe aucune possibilité d'influencer le droit de cette organisation:<sup>30</sup>

... Gemeinsam dürfte allen solchen (Assoziations-) Verträgen aber der Gedanke sein, daß ein Staat, der eine Assoziation mit einer Organisation eingehen will, das Recht dieser Organisation in mehr oder minder weitem Umfang zu übernehmen bereit sein muß (...). Die Rechtsform der Assoziation bietet ihm aber keine rechtliche Handhabe, nun etwa auch seinerseits das Recht der Organisation zu beeinflussen.

Il est vrai que l'Accord EEE établit entre la Communauté et les Etats membres de l'AELE des liens qui sont d'une nature très différente de ceux qui découlent des accords d'association conclus par la Communauté jusqu'à maintenant.<sup>31</sup> En outre, les pays membres de l'AELE ont toujours insisté, depuis le début des négociations, sur l'importance qu'ils attachaient à la mise en place d'un cadre juridique et institutionnel leur assurant un véritable droit de participer aux mécanismes conduisant à l'adoption de règles qui s'appliqueront dans l'EEE. Leur tâche a été rendue particulièrement difficile en raison du fait que les négociateurs se sont trouvés confrontés à la nécessité de concilier des exigences contradictoires: en effet, il s'est agi d'assurer au droit de l'EEE la plus grande homogénéité possible, en tenant compte, d'une part, du mandat donné par le Conseil à la Commission de préserver la pleine autonomie de tous les aspects du processus de décision interne communautaire et, d'autre part, de la volonté très ferme exprimée par les Etats membres de l'AELE

envisagé par l'Accord avec le Traité CEE. Les Etats membres de l'AELE se sont alors engagés, aux termes de l'art. 108 2 EEE, à instituer une Cour de justice, appelée Cour AELE, qui sera compétente notamment pour connaître des actions introduites dans le cadre de la procédure de surveillance à l'égard de ces Etats.

30 *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften* (5e édition, 1992) 67, n° 0525. Lire aussi Hummer, «Vorder- und Hintergründe des Gutachtens des EuGH zum EWRV», *Wirtschaftsrechtliche Blätter (WBl)* (1992) 35-36: «Sollte ein Assoziationsverhältnis eine Mitwirkung in den Organen der Internationalen Organisation vorsehen, so wäre es als eine – wie immer geartete – Sonderform der Mitgliedschaft und nicht mehr als Assoziation zu sehen.»

31 Le caractère spécifique de l'Accord EEE a été souligné notamment par la Commission, dans la demande d'avis qu'elle a adressée, le 13 août 1991, à la Cour de justice des Communautés, dans les termes suivants: «Ces liens (il s'agit des liens spéciaux à établir entre la Communauté et les pays tiers dans un accord d'association) dans le cadre de l'Espace économique européen sont d'une nature très différente de celle qui a été jusqu'à présent retenue dans les accords d'association conclus par la Communauté. Il s'agit en effet ici non seulement de reprendre l'acquis communautaire pertinent existant à la date de la signature de l'Accord, mais encore d'étendre à l'Espace économique européen, au fur et à mesure qu'il se crée, se développe ou se modifie, le futur droit communautaire relevant des domaines couverts par l'Accord...»

de ne pas transférer des compétences législatives aux organes créés par l'Accord EEE.

4. Le résultat peut être considéré comme globalement satisfaisant, si l'on tient compte de la nature et de la structure de l'Accord et des exigences contradictoires relevées plus haut.<sup>32</sup> L'Accord EEE est un traité international dont l'exécution repose sur la bonne foi des Parties contractantes.<sup>33</sup> Le degré d'efficacité des mécanismes qu'il institue dépendra beaucoup de la qualité de la coopération qui se développera dans la pratique entre les pays membres de l'AELE et la Communauté et des relations de confiance qui s'établiront entre des partenaires partageant beaucoup d'intérêts communs. L'Accord EEE confère aux pays membres de l'AELE, sur le plan institutionnel, des droits importants, tels que ceux d'être informés et consultés durant la phase de préparation des nouvelles règles communautaires pertinentes pour l'EEE (article 99 EEE), le droit, appartenant à chaque Partie contractante, de soulever un problème au niveau politique approprié à tout moment du processus décisionnel (droit d'évocation; article 5 EEE), le droit de s'opposer à l'adoption d'une décision par le Comité mixte de l'EEE et de provoquer ainsi une négociation en vue de trouver une solution mutuellement acceptable (article 102, paragraphe 3 EEE).<sup>34</sup> Enfin et surtout, l'Accord EEE prévoit, conformément à sa nature de traité relevant du droit international public, des mécanismes de consultation et de conciliation permanents qui devraient offrir, s'ils sont appliqués de bonne foi, à chaque Partie contractante une possibilité raisonnable de faire valoir et de défendre sa position, malgré l'obligation imposée aux Etats membres de l'AELE de s'exprimer d'une seule voix lorsque des décisions sont prises par le Comité mixte.<sup>35</sup>

32 Les aspects institutionnels de l'Accord EEE ont été décrits par le professeur Jacot-Guillarmod dans son étude intitulée «Droit international et droit communautaire dans le futur Traité instituant l'EEE», *Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE)* (1/1991) 70-73.

33 Le principe de la bonne foi, qui revêt une importance particulière dans le droit des traités (cf. l'art. 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969), a trouvé une expression très éloquente à l'article 99, paragraphe 4 EEE, aux termes duquel: «Les parties contractantes coopèrent de bonne foi au cours de la phase d'information et de consultation afin de faciliter, à la fin du processus, la prise de décision au sein du Comité mixte de l'EEE.» Il convient en outre de relever que, conformément au dernier considérant du préambule de l'Accord EEE, l'autonomie de décision des parties contractantes doit s'exercer «dans les limites fixées par le droit international public».

34 Le droit de veto reconnu à chaque pays membre de l'AELE, suivi d'une négociation au Comité mixte en vue de trouver une solution mutuellement acceptable, a été qualifié de «pragmatisme constructif» par le Secrétaire d'Etat F. Blankart dans la conférence qu'il a présentée, le 9 avril 1992, au Congrès annuel de la Société suisse des sciences administratives à Montreux.

35 Nous mentionnerons, en particulier, dans ce contexte les dispositions introduites pour éviter, dans la mesure du possible, que l'exercice du droit de veto dans le processus décisionnel ne conduise à la suspension provisoire d'une partie de l'Accord (art. 102 EEE), le rôle important joué par le Comité mixte dans le règlement des différends (art. 111 EEE), ainsi que la procédure applicable aux mesures de sauvegarde (art. 113 EEE).

#### IV. Quelques observations supplémentaires en guise de conclusions

1. On a beaucoup dit et écrit sur les lacunes et les faiblesses institutionnelles de l'Accord EEE, sur le déséquilibre existant entre la substance, le contenu matériel de l'Accord, et son volet institutionnel,<sup>36</sup> sur le point de savoir si l'Accord respecte le principe de l'égalité des Parties contractantes<sup>37</sup> ou sur le respect de la souveraineté des Etats membres de l'AELE dans la procédure décisionnelle de l'EEE.<sup>38</sup> Le fait est que les pays membres de l'AELE, et en particulier les autorités suisses, ont engagé les négociations avec l'ambition – nous l'avons rappelé (cf. chapitre II, 2, ci-dessus) – d'instituer «un véritable mécanisme de prise de décisions commun, dans la forme et sur le fond».<sup>39</sup> L'idée était d'établir, sur la base du droit international public, une construction institutionnelle fondée sur une stricte égalité des Parties et comportant un véritable mécanisme d'adoption en commun des décisions portant sur de nouvelles règles applicables dans l'EEE, une autorité de surveillance commune, ainsi qu'une juridiction commune.<sup>40</sup> A plusieurs égards, l'Accord conclu par la Suisse

<sup>36</sup> Cf., par exemple, l'étude de Cottier, «Constitutional Trade Regulation in National and International Law: Structure-Substance Pairings in the EFTA Experience», in M. Hilf et E.U. Petersmann (eds.), *National Constitutions and International Economic Law* (1992). L'auteur y relève notamment que: «The structure is not likely to cope with the substance. In constitutional terms, the EEA Agreement will enter history as a classical example of unbalanced substance-structure pairing upon which lasting relations cannot be built.»

<sup>37</sup> Lire notamment à ce sujet les études publiées par l'ambassadeur B. Spinner dans la *Revue suisse de jurisprudence*, en particulier 86 *SJZ* (1990) 99 et ss; 86 (1990) 409-420; 87 (1991) 99 et ss; 87 (1991) 237-243. Cf. en outre Zeller, «Der EWR und seine völkerrechtliche Würde», *NZZ* (23-24 mars 1991) n° 69; Thüerer, «EWR Vertrag, eine Form legalisierter Hegemonie?», *NZZ* (14 mai 1991) n° 109.

<sup>38</sup> Cf. Hösli, «Decision-Making in the EEA and EFTA States' Sovereignty», 45 *Außenwirtschaft* (1990) 463-494.

<sup>39</sup> Cf. Spinner, *supra* note 23, 96: «The notion of common decision-making, as brought forward by President Delors, does in my view imply that, in a matter which is covered by the EES Treaty, the EC legislative power must be kept in abeyance, to allow for such a matter to be decided upon, within a certain time limit, by a common EES decision-making body.» Il ne nous paraît pas téméraire d'affirmer qu'en adoptant, dès le début des négociations, un niveau d'ambition élevé les Etats membres de l'AELE ont contribué à améliorer les structures institutionnelles de l'EEE. Lire cependant l'exposé du Conseiller fédéral A. Koller intitulé «L'Accord EEE. Etape fondamentale dans la politique d'intégration européenne de la Suisse», in O. Jacot-Guillarmod (dir.), *L'accord EEE* (1992, à paraître): «Il est bien connu que l'on devient plus intelligent avec le recul du temps. Ayons toutefois la lucidité de constater que si nous avions considéré avec davantage de rigueur les fameux «principes d'Interlaken» énoncés en 1987 par M. Willy De Clercq, Commissaire chargé à l'époque des relations extérieures à la Commission des Communautés européennes, nous ne nous serions pas trop fait d'illusions sur la possibilité de concevoir, dans le cadre d'un accord externe de la Communauté, des structures institutionnelles qui, par la codécision, eussent menacé l'autonomie décisionnelle communautaire...»

<sup>40</sup> Cf. Spinner, «Der Europäische Wirtschaftsraum: Ist das Völkerrecht der Herausforderung gewachsen?», 86 *SJZ* (1990) 412-415. L'auteur y décrit en détail les éléments d'une construction juridique reposant, en particulier, sur le dédoublement de deux ordres juridiques parallèles. Lire aussi, à ce sujet, le rapport d'information du Conseil fédéral du 26 novembre 1990 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne, 27.

avec la Communauté économique européenne, le 10 octobre 1989, concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie aurait pu servir de modèle.<sup>41</sup>

Dans son étude sur le droit international et le droit communautaire dans le Traité instituant l'EEE,<sup>42</sup> le professeur Olivier Jacot-Guillarmod a analysé avec perspicacité «l'environnement politico-juridique», ainsi que «les contraintes psychologiques inattendues» des négociations EEE. De son côté, le négociateur en chef pour la Suisse, le Secrétaire d'Etat Franz Blankart a souligné à plusieurs reprises l'importance que revêtait, dans ce contexte, la décision des Etats membres de l'AELE d'accepter l'acquis communautaire comme base de l'Accord EEE.<sup>43</sup> Le résultat des négociations n'est, en définitive, que le reflet du nouveau rapport de forces créé en Europe par l'approfondissement et l'accélération du processus d'intégration de la Communauté européenne.<sup>44</sup> La ferme volonté de la Communauté de sauvegarder son

41 Cf. la description de l'Accord, rédigée par le Secrétaire d'Etat F. Blankart, en annexe au rapport du Conseil fédéral du 10 janvier 1990 sur la politique économique extérieure 89/1+2, FF 1990 I 372-378. Dans son message du 14 août 1991 relatif à cet Accord, le Conseil fédéral relève, à propos de l'article 39 dudit Accord, que cette disposition constitue une véritable innovation dans le domaine du droit international public: «Cette disposition concilie le principe *pacta sunt servanda* avec la dynamique législative interne des parties contractantes...» (FF 1991 IV 13).

42 *Supra* note 32, 63-69. L'auteur y décrit en particulier l'opposition, parfois stérile, entre deux «fondamentalismes», le fondamentalisme de droit international public et celui de droit communautaire (68) et l'implacable jeu de pouvoir qui a révélé, sur le plan juridique, un affrontement quasi idéologique entre les porte-drapeaux du droit communautaire et ceux du droit international (68-69).

43 Cf., par exemple, son interview parue dans le *Nouveau Quotidien* du 27 octobre 1991: «D'une négociation d'un accord d'intégration «sui generis», nous avons passé, en vérité, à une négociation d'adhésion sans adhésion. Ce fut le paradoxe...» Dès que l'acquis communautaire est devenu la base de l'Accord, la «codécision» au niveau de l'EEE serait devenue une «codécision» au titre du droit communautaire, ce qui était évidemment inacceptable pour la Communauté. Voir aussi son exposé intitulé «EWR-Abkommen und schweizerische Außenwirtschaftspolitik», in O. Jacot-Guillarmod (dir.), *L'accord EEE*, *supra* note 39. Le Conseil fédéral a décrit ces développements concernant les relations entre la CE et les pays membres de l'AELE de la manière suivante dans son message du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE: «Au fond, cette évolution des relations entre les pays de l'AELE et la CE s'inscrit dans la logique même de l'évolution de la CE: tant que l'intégration de la CE consistait prioritairement à libéraliser les obstacles à la frontière entre ses Etats membres et à renforcer la coopération entre eux, la Suisse a pu se joindre à ce processus de libéralisation et éviter l'impact discriminatoire de la libéralisation intra-communautaire en concluant avec la CE des accords fondés sur l'égalité des parties. Mais, du moment que la CE s'est mise à légiférer sur une vaste échelle pour éliminer entre ses Etats membres d'autres obstacles que les obstacles à la frontière, soit les obstacles provenant des différences entre prescriptions nationales relatives à la commercialisation des produits ainsi qu'à l'accès et à l'exercice d'activités économiques, la Suisse s'est trouvée *ipso facto* dans une tout autre situation. Comme la CE utilisait l'instrument de l'harmonisation pour parvenir à ses fins, la seule possibilité pour un pays tiers d'éviter l'effet discriminatoire de la libéralisation intra-communautaire était de jouer aussi le jeu de l'harmonisation, autrement dit d'adapter son droit interne aux prescriptions d'harmonisation de la CE.»

44 Cf. le message du Conseil fédéral suisse du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE: «Que l'accord EEE ne respecte pas dans tous ses éléments le principe de l'égalité des parties contractantes, qu'en particulier l'accord EEE ne prévoit aucune co-décision, c'est un fait. Au fond, l'accord reflète la réalité européenne d'aujourd'hui et le rôle moteur que joue la CE dans le processus en cours pour établir une nouvelle architecture européenne. Mais nous ne pouvons pas en déduire pour autant que l'accord EEE ne confère pas aux pays de l'AELE des droits et des garanties

autonomie de décision et de défendre l'autonomie de l'ordre juridique communautaire ne pouvait que s'en trouver renforcée.<sup>45</sup> L'Accord EEE, comme l'indique son article premier, est un accord d'association. Avec le Président de la Confédération suisse, nous pouvons dès lors constater qu'aussi privilégiée que soit l'association, «l'association et l'adhésion se distingueront toujours du fait que l'Etat associé navigue sur une voie tracée par d'autres, tandis que seul l'Etat membre participe à la définition de cette voie».<sup>46</sup>

2. Le débat sur le volet institutionnel de l'Accord EEE ne peut, bien entendu, pas faire abstraction du contexte politique dans lequel s'inscrit la signature de l'Accord. Quatre des sept Etats membres de l'AELE sont déjà des candidats officiels à l'adhésion à la Communauté européenne: l'Autriche depuis le 17 juillet 1989, la Suède depuis le 1er juillet 1991, la Finlande depuis le 18 mars 1992 et la Suisse depuis le mois de mai de cette année. Le Conseil fédéral suisse, pour sa part, considère l'EEE comme une étape prioritaire de sa politique d'intégration sur la voie qui doit conduire à une adhésion à la Communauté européenne.<sup>47</sup>

Dans cette optique, la question de savoir si l'Accord EEE, comme l'affirme son préambule, repose sur «l'égalité, la réciprocité et l'équilibre général des avantages, des droits et des obligations des parties contractantes» prend une autre dimension. Elle doit être appréciée par rapport à la position de la Suisse dans le processus d'ensemble de l'intégration européenne. A cet égard, les possibilités reconnues par l'Accord EEE aux pays membres de l'AELE de participer aux structures institutionnelles de l'EEE ne doivent pas être sous-estimées, même si la construction juridique de l'Accord, s'appuyant sur deux piliers, réduit la faculté, pour chacun de ces Etats, de faire valoir ses intérêts propres au niveau de la prise de décisions. Ces droits sont en effet de nature à favoriser une concertation permanente entre la Communauté et ces pays.<sup>48</sup>

leur permettant de faire entendre leur voix. La structure institutionnelle à disposition devrait nous permettre d'influencer – mais non pas de co-déterminer – l'évolution future du droit de l'EEE.»

45 La Communauté européenne exigeait que les pays de l'AELE développent leurs relations avec elle sur la base de l'harmonisation de leur droit national avec le droit communautaire et refusait par principe, sur le plan institutionnel, tout ce qui pouvait ressembler à l'acceptation d'une «superstructure» se superposant à un ordre juridique dont l'intégrité devait être préservée à tout prix.

46 Cf. l'exposé du Conseiller fédéral R. Felber, chef du Département fédéral des affaires étrangères, à l'occasion de la Journée des villes suisses des 30-31 août 1991 à Berne. Cet exposé, intitulé «Europe, intégration et mutations», a été publié dans l'*Agenda du DFAE* (août 1991) 139-154.

47 Cf. le rapport du Conseil fédéral suisse du 18 mai 1992 sur la question d'une adhésion de la Suisse à la Communauté européenne. L'EEE aura aussi pour effet de permettre à la Suisse de favoriser la préparation politique d'une adhésion.

48 Cf. le message du Conseil fédéral suisse du 18 mai 1992 relatif à l'approbation de l'Accord EEE: «Dans cette optique, le seul fait de participer aux structures institutionnelles de l'EEE représente un atout politique. Car la gestion et le développement de l'EEE, même menés dans le cadre d'institutions qui ne respectent pas pleinement le principe de l'égalité des parties, ne pourra pas se faire sans une concertation permanente entre la CE et les pays de l'AELE. Des habitudes de coopération vont donc se développer avec le temps et, comme l'a montré l'expérience de la

Peut-on parler dès lors, à propos de l'Accord EEE, d'un mariage de raison qui aurait tout pour réussir? Nous serions tenté de répondre par l'affirmative, en relevant que ce mariage<sup>49</sup> n'est pas destiné à durer et en soulignant l'importance que revêt le contenu matériel de l'Accord EEE et les possibilités qu'il offre de participer pleinement au grand marché européen. Le Secrétaire d'Etat F. Blankart a coutume de dire que «la substance de l'EEE est d'une valeur inestimable». Avec le professeur Olivier Jacot-Guillarmod, nous pourrions conclure en ajoutant que si l'EEE consacre la formule d'un accord d'association «relativement modeste» sur le plan institutionnel, il n'en représente pas moins, sur le plan normatif, un ancrage «extrêmement fort» des pays de l'AELE à la Communauté, mode d'association qui peut trouver sa justification dans une adhésion ultérieure (*Beitrittsassoziation*).<sup>50</sup>

négociation EEE, une dynamique de groupe devrait se créer...»

49 Il serait probablement plus correct de parler de «fiançailles».

50 *Supra* note 32, 80.