

Berne, le 15 décembre 1991

M. Arnold Koller, Conseiller fédéral

---

Avis 1/91 de la Cour de Justice des Communautés Européennes du  
14 décembre 1991 déclarant incompatible avec le Traité de Rome le  
système de contrôle juridictionnel prévu dans le projet d'accord EEE

---

I. Résumé et synthèse

La CJCE conclut que le système de contrôle juridictionnel envisagé  
par l'accord EEE est incompatible avec le Traité de Rome.

Le fil conducteur de l'avis est que les finalités et le contexte  
différents de l'accord EEE et du Traité CEE rendent impossible, par  
un organe juridictionnel commun, une interprétation et une applica-  
tion uniformes du droit de l'EEE. La CJCE craint de surcroît la  
contamination de l'ordre juridique communautaire par la jurisprudence  
développée par la Cour EEE. Elle estime que "l'article 238 du traité  
CEE ne fournit aucune base pour instituer un système juridictionnel  
qui porte atteinte à l'article 164 de ce traité et, plus générale-  
ment, aux fondements de la Communauté" (§ 71).

## II. Raisonnement de la Cour

### a) Homogénéité de l'EEE

La CJCE estime que l'objectif d'homogénéité dans l'interprétation et l'application des règles de droit dans l'ensemble de l'EEE ne sera assuré de manière efficace:

- ni par "l'identité de contenu et de rédaction des dispositions du droit communautaire et des dispositions correspondantes de l'accord EEE" (§ 22);
- ni par l'article 6 EEE (qui prévoit que les règles de l'accord EEE doivent être interprétées conformément à la jurisprudence de la CJCE relative aux règles correspondantes de droit communautaire, rendue jusqu'au moment de la signature du traité EEE). La Cour estime que l'article 6 EEE, "en tant que tel, n'est pas en mesure d'assurer l'objectif de l'homogénéité du droit dans l'ensemble de l'EEE, ni pour le passé, ni pour le futur" (§ 28).

### b) Différence des objectifs EEE et CE

Pour la CJCE, il y a une différence fondamentale entre les objectifs de l'EEE et de la CE. L'EEE vise seulement "l'application d'un régime de libre-échange et de concurrence dans les relations économiques et commerciales entre les parties contractantes" (§ 15), alors que les objectifs de la CE résident dans une "intégration économique débouchant sur l'établissement d'un marché intérieur et d'une union économique et monétaire" (art. 2 A et 102 A CEE) (§ 17). Or, les dispositions du traité CEE régissant la libre circulation et la concurrence, loin de représenter une finalité en soi, ne sont que des moyens pour la réalisation de ces objectifs" (§ 18).

c) Différence des contextes EEE et CE

La CJCE note également une différence de contexte entre l'EEE et la CE:

- le contexte de l'EEE (§ 20) réside dans "un traité international qui ne crée en substance que des droits et obligations entre les parties contractantes et qui ne prévoit aucun transfert de droits souverains au bénéfice des organes intergouvernementaux qu'il institue".
- par contraste, le contexte de la CE (§ 21) est le suivant: "le traité CEE (...) constitue (...) la charte constitutionnelle d'une communauté de droit"; "les traités communautaires ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants"; la CJCE rappelle au passage les "caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire": la primauté et l'effet direct.

Conclusion de la Cour: "l'objectif de l'homogénéité dans l'interprétation et l'application du droit dans l'EEE se heurte aux divergences existantes entre les finalités et le contexte de l'accord d'une part, et ceux du droit communautaire, d'autre part" (§ 29).

d) Insuffisance de la reprise de la jurisprudence antérieure

La CJCE relève ensuite que l'art. 6 EEE ne prévoit "que" la reprise de la jurisprudence de la CJCE antérieure à la signature de l'accord. Or, pour la Cour, cette jurisprudence évoluera, de sorte qu'"il sera difficile de distinguer la jurisprudence nouvelle par rapport à l'ancienne, et partant le passé du futur" (§ 26).

e) Manque de clarté sur les questions-clé de la primauté et de l'effet direct

D'autre part, selon la Cour, l'art. 6 EEE ne précise pas clairement s'il vise la jurisprudence de la CJCE dans son ensemble, et notamment l'effet direct et la primauté. Le Protocole no 35 ne remédie pas à ce défaut (§ 27), de sorte que le respect de la jurisprudence de la CJCE - imposé par l'art. 6 EEE - "ne s'étend pas à des éléments essentiels de cette jurisprudence qui sont inconciliables avec les caractéristiques de l'accord".

f) Menace à l'autonomie juridictionnelle de la CE

De surcroît, la CJCE estime que le système juridictionnel EEE est de nature à mettre en cause l'autonomie de l'ordre juridique communautaire dans la poursuite des objectifs qui lui sont propres (§ 30). Le système juridictionnel EEE envisagé est, d'après la Cour, incompatible avec le droit communautaire:

- en raison de l'attribution de la compétence de règlement des différends entre Parties contractantes à la Cour EEE (la CJCE y voit le risque d'une ingérence indirecte de la Cour EEE dans les questions de partage intracommunautaire des compétences, en violation des Art. 164 et 219 CEE, via la notion de "partie contractante" de l'art. 2, lettre c EEE, § 32 et 34).
- en raison de l'influence potentielle de la jurisprudence EEE sur la jurisprudence de la CJCE, influence susceptible de "conditionner cette dernière dans le domaine de la libre circulation et de la concurrence" (§ 46).

On voit donc, qu'au niveau de l'interprétation, on se heurte à des difficultés inextricables par le fait de la compétence concurrente de

la CJCE et de la Cour EEE sur les dispositions identiques, car "en conditionnant l'interprétation future des règles communautaires en matière de libre circulation et de concurrence, le mécanisme juridictionnel prévu par l'accord porte atteinte à l'article 164 du traité CEE, à l'autonomie du système juridictionnel communautaire et, plus généralement, aux fondements mêmes de la Communauté" (§ 46).

La CJCE ajoute que l'essai de créer, au niveau de l'EEE, un système juridictionnel fonctionnellement intégré à la CJCE (notamment par l'union personnelle des juges de la CJCE) ne va pas atténuer les atteintes à l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, mais accentuer "les problèmes généraux" découlant du système juridictionnel envisagé pour l'accord (§ 47-48), en ébranlant la confiance que les justiciables pourront avoir dans la faculté de la Cour de justice d'exercer ses fonctions en toute indépendance" (§ 53).

g) Insuffisance de la procédure préjudicielle envisagée

La CJCE critique enfin le mécanisme d'interprétation préjudicielle envisagé par l'art. 104 § 2 EEE et le Protocole 34 de l'accord EEE. La Cour souligne "que cette procédure (facultative, en partie optionnelle) ne serait assortie d'aucun effet obligatoire pour les juridictions qui l'ont saisie, de sorte qu'elle "est fondamentalement différente de celle prévue par l'article 177 du traité CEE" (§ 58).

La CJCE estime "impossible d'admettre que les réponses que la Cour de justice donne aux juridictions des Etats de l'AELE aient un effet purement consultatif et soient dépourvues d'effets obligatoires" (§ 61). "Une telle situation dénaturerait la fonction de la Cour de justice, telle qu'elle est conçue par le traité CEE, à savoir une juridiction dont les arrêts sont contraignants" (§ 61). "Dans cette mesure, le mécanisme en cause porte atteinte à la sécurité juridique

qui est indispensable au bon fonctionnement de la "procédure préjudicielle" (§ 64).

### III. Première appréciation

- intransigence de l'avis, qui paraît juridiquement et politiquement incontournable, tant pour la CE que pour les pays de l'AELE;
- principal motif de l'incompatibilité (à mon avis): l'absence de garanties suffisantes données par l'accord EEE sur la question de la primauté et sur celle de l'effet direct (flou artistique du Protocole 35);
- trois problèmes traités: interprétation (y compris par voie préjudicielle); règlement des différends; aspect structurel;
- deux problèmes non évoqués: contrôle judiciaire du contentieux de la concurrence dans le pilier AELE et procédure en manquement au sein du pilier AELE.

### IV. Questions que je souhaiterais discuter avec vous-même (le 16.12. à 14 h 45)

#### a) Interprétation/procédure préjudicielle

- chercher (pour mettre la pression sur les pays nordiques de l'AELE) à renforcer les exigences de primauté et d'effet direct dans l'accord EEE (peu de perspectives de succès);
- ne pas étendre l'art. 6 EEE à la jurisprudence future;

- modifier le Protocole n° 34 dans le sens de l'octroi d'un effet juridique obligatoire aux avis préjudiciels rendus par la CJCE à la demande de juridictions des pays de l'AELE;
- politiquement, peut-on ou non accepter l'idée que certaines juridictions suisses (par exemple les Tribunaux fédéraux, les Commissions fédérales de recours et les tribunaux cantonaux, voire même d'autres tribunaux) aient la faculté de poser des questions préjudicielles à la CJCE (l'Autriche et la Suède l'acceptent, dans la perspective de l'adhésion; la Finlande l'acceptait dans la version non contraignante)?;
- si la procédure préjudicielle est jugée indispensable (c'est mon avis) est-il préférable de l'avoir sous cette forme, ou devant une Cour de l'AELE (voir ci-dessous)?

b) Règlement des différends

Malgré l'ouverture de la Cour sur ce point (acceptation de principe d'une juridiction internationale pour trancher des différends impliquant la Communauté), l'avis semble vider cette possibilité de toute substance, par des développements sur la notion de "partie contractante";

- peut-être faudra-t-il se borner à prévoir une procédure (semblable aux pannels du GATT?) dans laquelle pourront être rétablis des déséquilibres économiques ou juridiques survenant dans l'accord EEE;
- les développements de la Cour sur ce point me semblent porter un coup quasi mortel à une Cour EEE digne de ce nom.

c) Aspects structureaux

- toute Cour EEE consacrant une union personnelle avec certains juges de la CJCE est impossible;
- de même, il semble exclu d'avoir des juges ad hoc au sein de la CJCE lorsque celle-ci répondra à des questions préjudicielles en provenance de juridictions situées sur le territoire des pays de l'AELE;
- une Cour de l'AELE (qui s'occuperait des questions de concurrence et des manquements intra-AELE) pourrait de surcroît être chargée de rendre des avis préjudiciels en provenance des pays de l'AELE. Risque (qui existe déjà pour la surveillance, dont nous nous sommes accommodés!): "se laisser enfermer dans le pillier AELE". Avantage: l'article 6 EEE pourrait demeurer en l'état et l'on aurait "notre Cour" (même avec le risque de divergences jurisprudentielles) plutôt que la CJCE, dans laquelle nous ne serons pas représentés.
- Entre les trois possibilités (absence de procédure préjudicielle; procédure préjudicielle devant la CJCE; procédure préjudicielle devant la Cour AELE), M. Kellenberger préfère la CJCE et, à défaut, pas de procédure préjudicielle du tout. Pour ma part, la solution la pire me semblerait l'absence de procédure préjudicielle, et j'hésite entre la CJCE et la Cour AELE, avec une légère préférence pour cette dernière, pour raisons de politique intérieure. Le cas échéant, la délégation suisse devra demander un nouveau mandat de négociation sur ce point.

d) Contentieux de la concurrence

Il est indispensable de créer le moyen de contester juridiquement les amendes infligées par l'autorité de surveillance AELE. Deux possibilités: charger de cette tâche les Cours suprêmes des Etats de l'AELE



(exemple des subsidiarité!) ou charger de cet effet une Cour de l'AELE (en supprimant les deux instances). Cette deuxième variante me paraît préférable, car je vois mal que la première puisse assurer des conditions de concurrence égales au sein de l'AELE.

e) Procédure en manquement et autres procédures

Il est à mon avis aussi indispensable de prévoir une procédure de manquement AELE (pour vider les litiges entre Etats membres et avec l'autorité de surveillance AELE). Ce ne peut être qu'une Cour AELE qui s'en charge, selon le modèle des art. 169 et 170 CEE.

Les autres compétences nécessaires au bon fonctionnement de l'EEE (procédure en référé, etc.) devraient également être confiées à la Cour AELE.

V. Principal choix de la future négociation

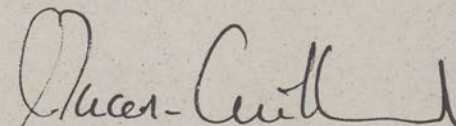
A mon avis, la première priorité reste le maintien le plus intégral possible d'un contrôle juridictionnel, là où il peut s'opérer.

L'impossibilité de tout concentrer au niveau de l'EEE aura pour conséquence une certaine "atomisation" de ce contrôle juridictionnel, soit devant la CJCE (procédure préjudicielle) soit devant une Cour de l'AELE, chargée de vider l'ensemble du contentieux dans ce contexte. A mon avis, il s'agirait également de tenir compte de la perspective dans 10 - 15 ans, lorsque trois ou quatre pays de l'AELE (y compris la Suisse) auront rejoint la Communauté, et que trois ou quatre pays de l'Est européen ne seront pas encore mûrs pour entrer dans la Communauté. Dans ce cas, n'y aurait-il pas avantage à avoir à disposition, au sein de l'AELE, un organe juridictionnel qui permette d'assimiler l'étape - qui reste fondamentale - de l'EEE sur le chemin de l'adhésion. J'ai l'impression qu'une fois dans la Communauté, nous ne

serons pas plus généreux que la CJCE dans son avis 1/91 sur la possibilité d'ouvrir la Cour de Luxembourg aux futurs adhérents...

VI. Suite de la procédure en ce qui concerne le Aussprachepapier relatif à l'arrêté fédéral d'approbation

A mon avis, il conviendrait de retirer cet Aussprachepapier, et de reporter la discussion au début de l'année prochaine. Il me paraît parfaitement envisageable que sur la base de l'avis 1/91 et de ce qui ressortira de la négociation sur le contrôle juridictionnel EEE, un consensus puisse être réalisé entre les trois départements intéressés.



O. Jacot-Guillarmod

Annexes: - texte de l'avis 1/91  
- note d'information des DFAE/DFEP au Conseil fédéral du 16.12.1991  
- note de M. Spinner du 15.12.1991 (déjà en votre possession).

Copie: - M. F.A. Blankart, Secrétaire d'Etat  
- M. J. Kellenberger, Ambassadeur, BI  
- M. B. Spinner, Ministre, Mission suisse auprès des CE  
- Membres du Comité interdépartemental pour l'intégration européenne

Van Eyk noch keine Meinung wie Probe zu sein  
Unterstellte EFTA-Jahr unter die Gerichtsbarkeit noch  
zu Diskutieren

insbes. EFTA EFTA-Gerichtsbarkeit <sup>Prinzip</sup>  
mit: EFTA-Gerichtsbarkeit für Wettbewerb  
aber: in Beihilfe  
wie ÖH. Anträge.

aber Schiedsgericht wichtig um Konfliktlösung  
zu CH/EG zu erhalten

Schiedsgericht hat keine Auswirkung auf  
Auslegung sonst Gemeinschaftsrecht.

Eventuell, dass wir damit isoliert sein werden.  
Gerichte der 2-Partner-Lösung auch in die  
Fall siegen wird.

→ (Weil für Übernahme zufrieden nicht  
erfolgt gemeinsame zu finden ggf. alles 2-Partner)  
Beide Gerichte in engem Kontakt → keine die andere  
nicht auf EFTA-Seite will gehen.

EFTA-Überrumpfung nur wegen Homogenität

Kein Transfer von Kompetenzen im Art 1/91.  
→ Art. 103 104 nicht