



16 janvier 2019

Accord institutionnel Suisse–UE : document explicatif

A. Aperçu	2
A.1. Intérêts en présence	2
A.2. Déroulement des négociations	2
A.3. Le résultat des négociations en bref	3
A.4. Évaluation et prochaines étapes	4
B. Contenu détaillé de l'accord	5
B.1. Préambule, objectifs (art. 1) et champ d'application (art. 2)	5
B.2. Mécanismes institutionnels	6
B.2.1. Développement du droit (art. 5 en relation avec les art. 12 à 14) et comité parlementaire mixte (art. 16)	6
B.2.2. Interprétation du droit (art. 4)	7
B.2.3. Surveillance (art. 6 et 7)	8
B.2.4. Règlement des différends (art. 9 et 10, protocole 3)	8
B.3. Exceptions au développement dynamique du droit (protocole 2)	9
B.4. Aides d'État (art. 8A, 8B, 8C ; annexe X)	10
B.5. Libre circulation des personnes	12
B.5.1. Mesures d'accompagnement (protocole 1)	12
B.5.2. Directive relative au droit des citoyens de l'Union (directive 2004/38/CE)	13
B.5.3. Coordination des systèmes de sécurité sociale	14
B.6. Dénonciation (art. 22)	15
B.7. Déclaration conjointe sur les accords liés au commerce et projet de décision du comité mixte de l'ALE	15
B.8. Déclaration conjointe sur la cohésion	16
C. Annexes	17
C.1. Développement dynamique du droit	17
C.2. La procédure de règlement des différends dans un cas d'application	18
C.3. Différences entre la législation européenne sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement suisses existantes ; proposition de l'UE relative aux mesures d'accompagnement	19
C.3.1. Mesures d'accompagnement, accord sur la libre circulation des personnes et législation de l'UE sur les travailleurs détachés : contexte de départ	19
C.3.2. Comparaison entre la législation européenne sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement suisses	19
C.3.3. Signification de la proposition de l'UE pour les mesures d'accompagnement	22

A. Aperçu

A.1. Intérêts en présence

Le Conseil fédéral souhaite une intégration optimale au marché intérieur de l'Union européenne (UE) et une coopération avec l'UE dans certains domaines d'intérêt, tout en maintenant une indépendance politique la plus large possible. La **voie bilatérale** s'est révélée être, pour la Suisse, un instrument de politique européenne sur mesure, susceptible de servir au mieux ses intérêts. Par la conclusion d'un accord institutionnel, le Conseil fédéral entend **consolider la voie bilatérale, respectivement l'accès au marché intérieur de l'UE**, en assurer la pérennité et en permettre le développement.

Aujourd'hui, les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE réglementent un échange de marchandises d'une valeur d'un milliard de francs par jour. La Suisse gagne **un franc sur trois** dans le cadre de ses relations avec l'UE, notamment grâce à l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (ARM)¹, qui réglemente la suppression des obstacles techniques au commerce. Dans les 20 domaines de production couverts par l'ARM, les exportations vers l'UE ont atteint plus de 74 milliards de francs en 2016, ce qui représente 69 % des exportations industrielles suisses vers l'UE. À eux seuls, les secteurs chimiques et pharmaceutiques ont réduit leurs coûts de 150 à 300 millions de francs grâce à cet accord.

L'accord institutionnel consolide l'accès au marché, notamment dans la mesure où il instaure une **actualisation dynamique** des accords bilatéraux d'accès au marché et permet, ce faisant, d'éviter des divergences juridiques et l'apparition de nouveaux obstacles à l'accès au marché. Il prévoit en outre la mise en place d'un **mécanisme de règlement des différends**, par l'intermédiaire duquel les deux parties peuvent faire valoir leurs droits et les clarifier de manière contraignante définitive. Ainsi, l'accord institutionnel offre aux entreprises et aux citoyens suisses une plus grande **sécurité juridique et une meilleure prévisibilité**, et les protège contre la discrimination par rapport à la concurrence européenne. Il ouvre en outre la voie à un **élargissement de l'accès au marché**, par exemple dans le domaine de l'électricité. Le dernier accord d'accès au marché conclu entre la Suisse et l'UE remonte à plus de dix ans. L'UE n'est pas disposée à conclure de nouveaux accords d'accès au marché avec la Suisse tant que les questions institutionnelles ne sont pas réglées.

En parallèle à l'introduction du principe d'actualisation dynamique du droit, l'accord institutionnel prévoit une série de mesures pour préserver l'**autonomie de la législation suisse**. Ces mesures comprennent, entre autres, le **droit de participer** à l'élaboration du droit de l'UE pertinent (*decision shaping*) et la **garantie de délais de reprise suffisamment longs** pour permettre à la Suisse d'appliquer sa procédure législative ordinaire, laquelle inclut la possibilité du référendum. Cela signifie que la Suisse ne s'engage pas avec l'accord institutionnel à reprendre de manière automatique le droit de l'UE. Si la Suisse décide de ne pas reprendre un nouvel acte juridique ou une adaptation du droit de l'UE, les éventuelles mesures de compensation prises par l'UE devront être **proportionnelles**. La proportionnalité de ces mesures pourra être examinée dans le cadre d'une procédure de règlement des différends, chose qui n'est actuellement pas possible. Par ailleurs, l'accord institutionnel prévoit pour la Suisse une série d'**exceptions** au principe du développement dynamique du droit, notamment dans les domaines des transports terrestres, de l'agriculture et de la coordination des systèmes de sécurité sociale. Enfin, le champ d'application de l'accord institutionnel est limité aux cinq **accords d'accès au marché** existants (libre circulation des personnes [ALCP]², transports terrestres³, transport aérien⁴, obstacles techniques au commerce [ARM] et agriculture⁵), ainsi qu'aux futurs accords d'accès au marché (p. ex. dans le domaine de l'électricité).

L'UE souhaite, de son côté, que tous les acteurs participant au marché intérieur de l'UE soient soumis aux mêmes règles et **conditions** (*level playing field*). Il existe donc une certaine marge pour une prise en compte ciblée des spécificités nationales. Pour l'UE, les exceptions *générales* ne sont, par principe, pas acceptables.

A.2. Déroulement des négociations

Les négociations sur un accord institutionnel se fondent sur le **mandat** du Conseil fédéral du 18 décembre 2013, qui a fait l'objet d'une consultation avec les commissions de politique extérieure et les cantons. Peu de temps après, l'acceptation de l'**initiative « Contre l'immigration de masse »**

¹ RS 0.946.526.81

² RS 0.142.112.681

³ RS 0.740.72

⁴ RS 0.748.127.192.68

⁵ RS 0.916.026.81

(art. 121a Cst.) le 9 février 2014, a mené à d'intenses consultations avec l'UE dans le domaine de la libre circulation des personnes et à une suspension par l'UE de discussions et négociations sur une quinzaine de dossiers bilatéraux. Ce n'est que le 6 avril 2017, soit après que l'Assemblée fédérale a adopté en décembre 2016 un projet de mise en œuvre de l'initiative compatible avec l'accord sur la libre circulation des personnes, que la présidente de la Confédération Doris Leuthard et le président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker ont convenu, lors d'une rencontre à Bruxelles, de débloquer tous les dossiers en suspens. Entamées en mai 2014, les négociations institutionnelles se sont poursuivies pendant la phase de blocage avec une intensité variable. Celles-ci portaient en premier lieu sur les « mécanismes institutionnels » (développement du droit, interprétation du droit, surveillance de l'application des accords, règlement des différends). Avec le **dégel** des négociations le 6 avril 2017, le président de la Commission européenne a exprimé le souhait de **conclure l'accord institutionnel avant la fin de l'année 2017**. À cet égard, le Conseil fédéral a toujours affirmé que la Suisse était disposée à conclure rapidement un accord à la condition que les intérêts capitaux de la Suisse soient pris en compte dans le résultat des négociations : Il est plus important de **parvenir à un bon accord que de clore rapidement les négociations**.

L'UE, jugeant les progrès des négociations insuffisants, a décidé, après la deuxième rencontre entre la présidente de la Confédération et le président de la Commission européenne le 23 novembre 2017, de lier à la conclusion de l'accord institutionnel la **reconnaissance de l'équivalence** de la réglementation boursière suisse selon l'art. 23 du règlement de l'UE concernant les marchés d'instruments financiers (*Markets in Financial Instruments Regulation*, MiFIR). Ainsi, fin 2017, l'UE a limité à une année la durée de la reconnaissance de l'équivalence boursière suisse et lié son maintien aux progrès qui seraient réalisés dans les négociations institutionnelles.

Le 2 mars 2018, le Conseil fédéral a **précisé** le mandat de négociation du 18 décembre 2013. Ces adaptations portaient notamment sur une nouvelle approche en matière de règlement des différends basée sur un **tribunal arbitral** indépendant, ainsi que sur les aides d'État et la garantie des mesures d'accompagnement. Par la suite, les dernières questions en suspens qui concernaient les mécanismes institutionnels et qui prédominaient jusqu'alors dans les négociations ont pu être réglées. Les travaux se sont donc ensuite focalisés sur les **aides d'État** ainsi que sur les demandes d'exception de la Suisse dans le domaine de la **libre circulation des personnes**, à savoir les fameuses « lignes rouges ». Ces dernières concernent la garantie des mesures d'accompagnement ainsi que les exceptions à la reprise de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union, et à la révision du règlement sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (développement du règlement (CE) n°883/2004).

Lors de la rencontre entre le conseiller fédéral Ignazio Cassis et le commissaire européen Johannes Hahn le 23 novembre 2018 à Zurich, l'UE a déclaré que le présent projet d'accord était définitif et que les **négociations étaient terminées**. Le 7 décembre 2018, le Conseil fédéral a pris connaissance du **projet d'accord** et du fait que l'UE ne souhaitait pas poursuivre les négociations.

A.3. Le résultat des négociations en bref

Le **champ d'application** a été limité, comme voulu par la Suisse, aux cinq accords d'accès au marché existants ainsi qu'aux futurs accords d'accès au marché. L'accord de libre-échange (ALE) de 1972 et l'accord sur les marchés publics ne sont pas soumis à l'accord institutionnel. Les deux parties se sont, cependant, déclarées prêtes, dans une déclaration politique, à appliquer le mécanisme de règlement des différends de l'accord institutionnel, dès son entrée en vigueur, dans le cadre de l'accord de libre-échange, si les deux parties en conviennent dans un cas concret. Par ailleurs, les deux parties ont affirmé leur volonté d'entamer des négociations sur une **modernisation** de ces deux accords qui, pour autant qu'ils deviennent des accords d'accès au marché au sens de l'accord institutionnel, entreraient dans le champ d'application de ce dernier (voir ci-dessous point B.7). Cette déclaration est de nature politique, cela signifie qu'elle n'est pas juridiquement contraignante et ne préjuge en rien de l'issue des négociations ni de l'intégration future des accords dans le champ d'application de l'accord institutionnel.

S'agissant des **mécanismes institutionnels** (développement du droit, interprétation du droit, surveillance et règlement des différends), soit le point central de l'accord, les objectifs visés ont également été atteints. En ce qui concerne le développement du droit, la Suisse décide, par exemple, de chaque adaptation (reprise d'un acte juridique de l'UE dans un accord bilatéral) conformément à ses procédures décisionnelles prévues par la Constitution et le droit suisse, ce qui inclut la possibilité d'un référendum (pas de reprise automatique). L'accord institutionnel prévoit un délai suffisamment long pour permettre à la Suisse d'appliquer ses procédures décisionnelles internes. La surveillance du respect des accords en Suisse est assurée par des instances suisses, notamment par le Tribunal fédéral. Un tribunal arbitral, dans lequel siègent des arbitres nommés par la Suisse et l'UE de manière paritaire, réglera les différends. Ainsi, la compétence de la Cour de justice de l'UE (CJUE) est limitée à l'interprétation du droit de l'UE contenu dans les accords. Les éventuelles mesures de compensation

qui pourraient être prises en cas de non-respect d'une décision du tribunal arbitral doivent être proportionnelles. Le cas échéant, la proportionnalité de ces mesures peut être examinée par le tribunal arbitral.

L'accord institutionnel confirme et garantit pour la Suisse les **exceptions** existantes au développement du droit de l'UE dans les domaines des transports terrestres (p. ex. interdiction de circuler le dimanche et la nuit, limite de 40 tonnes), de l'agriculture (p. ex. interdiction du transit des animaux d'abattage par la route) et de la coordination des systèmes de sécurité sociale (non-exportation de certaines prestations).

Les dispositions matérielles de l'accord institutionnel relatives aux **aides d'État** sont limitées à des principes qui ne sont pas directement applicables (à l'exception du domaine du transport aérien où un système de contrôle des aides d'État existe déjà). En matière de surveillance, le modèle à deux piliers, souhaité par la Suisse, est appliqué : chaque partie contrôle par le biais de sa propre autorité de surveillance que les aides d'État accordées sur son territoire sont légales. Le système suisse doit être équivalent à celui de l'UE. L'accord contient à cet égard des principes juridiques fondamentaux de l'UE ainsi qu'une réserve générale en faveur de l'ordre de compétences constitutionnel des deux parties.

En revanche, diverses demandes d'exception de la Suisse dans le domaine de la **libre circulation des personnes** n'ont pas été acceptées, ou alors seulement de manière partielle (directive relative au droit des citoyens de l'Union, mesures d'accompagnement, coordination des systèmes de sécurité sociale). L'UE reconnaît cependant les particularités de la Suisse concernant les prestations de service transfrontalières (p. ex. la limitation à 90 jours) et, partant, le besoin de mesures d'accompagnement garantissant le niveau de protection des salaires qui vont au-delà des instruments prévus par le droit de l'UE en matière de détachement des travailleurs. C'est la raison pour laquelle l'UE est prête à garantir dans l'accord, partiellement du moins, des mesures essentielles spécifiques (délai d'annonce, dépôt d'une garantie financière et obligation de documentation pour les indépendants).

A.4. Évaluation et prochaines étapes

Le Conseil fédéral estime que le résultat actuel des négociations correspond dans une large mesure aux **intérêts de la Suisse**. Tous les éléments clés du mandat de négociation n'ont toutefois pas pu être intégrés dans l'accord. En raison notamment des **points à régler** concernant les mesures d'accompagnement et la directive relative au droit des citoyens de l'Union, le Conseil fédéral a renoncé pour l'instant à parapher l'accord institutionnel. Le 7 décembre 2018, il a décidé, en vue d'une éventuelle signature de l'accord, de mener des **consultations** auprès des milieux concernés. Le Conseil fédéral étudiera l'état des consultations au printemps 2019.

Le but de ces consultations est de mener une discussion sur le projet d'accord et sur la définition d'éventuelles mesures internes pour atténuer certaines conséquences et, avant tout, de définir une position consolidée concernant les points en suspens. Les résultats de ces consultations serviront de base à une **analyse approfondie des intérêts politiques**. C'est également sur la base de ces résultats qu'il sera décidé de la suite à donner. La pondération systématique des intérêts doit prendre en compte les points suivants :

- Pour l'UE, il n'est **pas envisageable** de suspendre ou de reporter les négociations. Dans une prise de position datant du 7 décembre 2018, l'UE a exprimé sa compréhension et son respect pour les procédures internes suisses. Dans le même temps, elle a rappelé qu'elle attendait que les consultations soient menées rapidement et qu'elles aboutissent à une décision claire. À l'avenir, des négociations institutionnelles ne sont certes pas exclues, mais elles nécessiteraient du côté de l'UE un nouveau mandat de négociation et ne pourraient pas être entamées avant mi-2020. Cela signifie qu'il n'y a aucune garantie que l'UE soit prête à prendre le projet d'accord existant comme point de départ pour de futures négociations.
- Le rejet du résultat actuel des négociations aurait des **conséquences négatives**. Ainsi, il entraînerait une rupture des négociations en cours sur des dossiers comme l'électricité, la santé publique et la sécurité alimentaire (que l'UE lie aux questions institutionnelles) ainsi qu'une réticence à renouveler la reconnaissance de l'équivalence de la réglementation boursière suisse selon l'art. 23 MiFIR. En décembre 2018, l'UE a décidé de prolonger de six mois, soit jusqu'à fin juin 2019, la reconnaissance de l'équivalence boursière suisse. Lors de la conférence de presse du 17 décembre 2018, le commissaire européen Johannes Hahn a annoncé que l'UE, en l'absence d'accord institutionnel, ne serait plus disposée ni à conclure de nouveaux accords d'accès au marché ni à adapter les accords existants. Si ces accords existants ne sont pas actualisés régulièrement (p. ex. accord sur la suppression des obstacles techniques au commerce), des insécurités juridiques et des nouveaux obstacles à l'accès au marché pourraient apparaître et entraîner une érosion de l'accès au marché actuel. À cela s'ajouterait le risque d'une non-conclusion

d'un accord sur la participation de la Suisse comme État associé au prochain programme-cadre de l'UE pour la recherche et l'innovation à partir de 2021. Les négociations dans les domaines suivants pourraient également être entravées : le droit de cabotage dans le transport aérien, la participation de la Suisse à l'Agence de l'UE pour les chemins de fer (*EU Agency for Railways*, ERA), la participation au Service public réglementé (*Public Regulated Service*, PRS) ainsi qu'à l'Agence du GNSS européen (*Global Satellite Navigation System Agency*, GSA, Galileo) et enfin la participation au programme-cadre de l'UE pour l'encouragement aux secteurs audiovisuel et culturel (Europe créative, MEDIA/Culture).

B. Contenu détaillé de l'accord

L'accord institutionnel comprend les éléments suivants :

- corps de l'accord contenant 22 articles ;
- annexe X (sur les dispositions considérées comme nécessaires, au sens de l'article 8B paragraphe 6 premier tiret, pour l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien) ;
- protocole 1 : règles applicables afin de tenir compte des spécificités du marché du travail suisse ;
- protocole 2 : exceptions au développement dynamique du droit ;
- protocole 3 : fonctionnement du tribunal arbitral.

Autres projets de texte intégrés dans le paquet de négociation :

- trois déclarations conjointes sur les accords liés au commerce, la cohésion et l'annexe X) ;
- projet de décision du comité mixte de l'accord de libre-échange de 1972.

B.1. Préambule, objectifs (art. 1) et champ d'application (art. 2)

Le préambule énumère les raisons pour lesquelles les parties souhaitent conclure un accord institutionnel et les buts ainsi poursuivis. Il rappelle que la Suisse et l'UE entretiennent des **relations privilégiées**, qui sont fondées sur un grand nombre d'accords bilatéraux, leur proximité géographique, leurs valeurs communes et leur identité européenne, et qui, du point de vue de l'UE, distinguent la Suisse d'autres États tiers. Il mentionne à cet égard les contributions autonomes de la Suisse à la réduction des disparités économiques et sociales en Europe (voir aussi le point B.8).

L'accord institutionnel porte sur les **cinq accords d'accès au marché existants** (libre circulation des personnes [ALCP], transports terrestres, transport aérien, obstacles techniques au commerce [ARM] et agriculture). À moins que la Suisse et l'UE n'en décident autrement, tout nouvel accord d'accès au marché (p. ex. l'accord sur l'électricité en cours de négociation) qui renvoie explicitement à l'accord institutionnel entrera également dans le champ d'application de celui-ci. Les accords d'accès au marché soumis à l'accord institutionnel sont dénommés « accords concernés ». L'accord sur les **marchés publics** et l'accord de **libre-échange** (ALE) de 1972 ne sont **pas soumis à l'accord institutionnel**. En revanche, les parties ont convenu de mentionner l'ALE dans le préambule de l'accord institutionnel et ajouté une déclaration conjointe dans laquelle la Suisse et l'UE affirment leur volonté d'engager des négociations sur la **modernisation, notamment, de l'ALE et d'autres accords liés au commerce** (voir à ce sujet le point B.7). Selon l'ampleur future de la participation de la Suisse au marché intérieur de l'UE, l'accord institutionnel sera également applicable à ces accords. Par contre, l'accord institutionnel ne comprend ni les services financiers de manière générale, ni les procédures d'équivalence importantes pour le secteur financier suisse.

L'objectif général de l'accord institutionnel (art. 1, par. 1) est de garantir aux parties contractantes, aux opérateurs économiques et aux particuliers une plus grande **sécurité juridique et l'égalité de traitement**. Cela vaut uniquement, comme indiqué de manière explicite dans cet article, dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe. Cet objectif diffère notamment de celui poursuivi par l'Espace économique européen (EEE), axé sur la création d'un espace économique unique en Europe. L'accord institutionnel règle la reprise des développements du droit de l'UE adoptés dans les secteurs couverts par les accords concernés, mais ne prévoit pas l'extension de l'acquis communautaire à la Suisse. Cela signifie que la Suisse n'est pas liée par les libertés fondamentales du marché intérieur de l'Union ou par le principe de non-discrimination. Le principe directeur de l'accord institutionnel est la **garantie de conditions homogènes**. Le concept d'homogénéité signifie l'application et l'interprétation la plus uniforme possible des accords d'accès au marché couverts par l'accord institutionnel et des actes juridiques de l'UE auxquels référence y est faite pour la Suisse, l'UE et les participants au marché. Toute application ou interprétation divergente des accords concernés par les parties contractantes doit

être évitée dans l'intérêt de la sécurité juridique mentionnée ci-dessus et des conditions homogènes d'accès au marché. Cet objectif est réalisé par les mécanismes institutionnels prévus par l'accord (voir à ce sujet le point B.2). Le préambule souligne à cet égard l'importance de l'**équilibre nécessaire** entre l'objectif d'homogénéité, garanti par l'application des mêmes règles, et celui d'**indépendance**, qui inclut, en ce qui concerne la Suisse, le respect des principes constitutionnels et des règles découlant de la démocratie directe et du fédéralisme.

B.2. Mécanismes institutionnels

Les mécanismes institutionnels (développement du droit, interprétation du droit, surveillance et règlement des différends) constituent le véritable point central de l'accord.

B.2.1. Développement du droit (art. 5 en relation avec les art. 12 à 14) et comité parlementaire mixte (art. 16)

Pour garantir à long terme l'accès de la Suisse au marché de l'UE, les accords d'accès au marché entre la Suisse et l'UE doivent être régulièrement adaptés aux développements pertinents du droit de l'UE. Faute de quoi, des divergences juridiques apparaissent, lesquelles peuvent créer des obstacles au commerce qui, à leur tour, compromettront la réciprocité de l'accès au marché et défavoriseront en particulier les acteurs suisses. L'obligation d'adapter les accords concerne aussi bien la Suisse que l'UE. À l'avenir, en cas de retard de l'UE dans l'adaptation d'un accord (voir les retards dans l'adaptation de l'ARM en 2016/2017), la Suisse pourrait également mieux faire valoir ses droits (voir ci-dessous le point consacré au règlement des différends).

En vertu du projet d'accord institutionnel, la Suisse et l'UE s'engagent à **intégrer les actes juridiques de l'UE pertinents aussi rapidement que possible dans les accords d'accès au marché correspondants**. Seuls sont pertinents les actes juridiques de l'UE qui sont adoptés dans les domaines couverts par les accords d'accès au marché. L'accord institutionnel **ne prévoit pas que le droit de l'UE** soit directement intégré dans le droit suisse. Les développements du droit de l'UE pertinent doivent être intégrés uniquement dans les accords d'accès au marché, conformément aux règles de l'accord concerné et dans le **respect des procédures internes suisses**. Contrairement à ce que prévoient les accords d'association à Schengen/Dublin, chaque adaptation devra être convenue, soit au sein du comité mixte compétent, soit dans le cadre de négociations directes. Dans le cadre de ces discussions, des éventuelles modalités de reprise telles que des délais de transition particuliers, des adaptations institutionnelles ou des dispositions spécifiques pourront être établies. Pour chaque adaptation, l'acceptation définitive par la Suisse ne peut avoir lieu qu'après l'accomplissement de ses procédures internes d'approbation. Plus particulièrement, les arrêtés d'approbation, pour autant que cela soit prévu à l'art. 140 ou 141 de la Constitution, doivent être soumis au référendum facultatif ou obligatoire. Ainsi, chaque reprise d'un acte juridique de l'UE dans un accord bilatéral nécessite une décision indépendante de la Suisse (et de l'UE aussi, bien évidemment). C'est ce que l'on entend par « **reprise dynamique du droit** ». Une **reprise automatique du droit**, qui impliquerait l'intégration du droit de l'UE dans les accords bilatéraux concernés sans aucune action de la Suisse, est **exclue**.

Les modalités de mise en œuvre du droit européen repris dans les accords bilatéraux concernés relèvent uniquement du droit suisse. Ainsi, lorsque nécessaire, la Suisse peut notamment transposer dans son droit national les règlements de l'UE qui doivent toujours être directement appliqués par les États membres. Les accords qui se basent sur l'**équivalence** des législations suisse et européenne conservent cette qualité. Lors de l'intégration d'un nouvel acte juridique de l'UE dans un tel accord, il faudra vérifier si le droit suisse correspondant est toujours équivalent au droit de l'UE. Le cas échéant, une adaptation préalable du droit suisse est nécessaire. Cela signifie qu'il sera encore possible de conclure des accords qui prévoient l'**équivalence** des législations suisse et européenne (comme le prévoient l'ARM et, partiellement, l'accord agricole et l'accord sur les transports terrestres), ce qui correspond à une exigence centrale de la Suisse.

Les projets des nouveaux actes juridiques sont élaborés au sein de l'UE par la Commission européenne. Dès la phase d'élaboration d'un projet, la Commission européenne devra informer la Suisse. Elle consultera des experts de la Suisse au même titre qu'elle demandera l'avis des experts des États membres de l'UE. Ce faisant, l'UE assurera à la Suisse la **participation la plus large possible au processus de décision (decision shaping)**. Ainsi, dans toute procédure d'adoption d'actes juridiques européens qui relève de la compétence de la Commission, la Suisse se verra attribuer des droits de participation équivalents à ceux des États membres de l'UE. Par contre, un droit de vote (**decision making**) n'est pas prévu.

S'agissant des projets d'actes juridiques européens qui sont soumis, dans le cadre de la procédure législative de l'UE, au Conseil de l'UE et au Parlement européen, l'accord institutionnel prévoit un échange de vues formel entre la Suisse et l'UE au sein du **comité mixte** sectoriel compétent (p. ex. le

comité mixte pour le transport aérien). La Suisse aura ainsi la possibilité, au travers de contacts directs avec des États membres ou avec le Parlement européen, d'influencer les débats au sein de l'UE.

Dans le cas où la modification d'un accord (impliquant éventuellement l'adaptation du droit national) nécessite l'approbation de l'Assemblée fédérale, la Suisse dispose d'un **délai de deux ans maximum** pour l'accomplissement de ses procédures internes. **Si l'arrêté portant approbation est soumis au référendum, le délai est prolongé d'un an.** Cela signifie que les délais de mise en œuvre prévus dans les actes juridiques de l'UE s'appliquent à la Suisse uniquement lorsqu'ils sont plus longs que le délai de 2, respectivement de 3 ans. Si un acte juridique de l'UE doit être mis en œuvre dans un délai inférieur à deux, respectivement trois ans, la Suisse examine la possibilité d'appliquer provisoirement la décision correspondante du comité mixte ou la révision de l'accord qui a été convenue à partir de la date de mise en œuvre au sein de l'UE. Si l'application provisoire n'est pas possible, la Suisse informe l'UE.

L'accord institutionnel ne prévoit pas de procédure dans le cas où une partie se voit dans l'impossibilité d'adapter un accord dans le délai imparti, par exemple lorsque le délai de deux ans échoit avant que l'adaptation convenue ait été ratifiée. Cette lacune peut être interprétée comme la volonté des parties de ne prévoir à cet égard aucune conséquence juridique spécifique. Le refus par l'une des parties d'adapter un accord crée un différend. Cette éventualité est prévue à l'art. 10 de l'accord institutionnel (voir ci-dessous le point consacré au règlement des différends), dont les dispositions s'appliquent « *en cas de difficulté d'interprétation ou d'application du présent accord ou d'un des accords concernés ou d'un acte juridique qui y est mentionné [...]* ». Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'un arrêté portant approbation d'une adaptation d'un accord est rejeté par référendum et qu'il est renoncé de manière définitive à un nouveau projet d'arrêté. La procédure prévue à l'art. 10 de l'accord institutionnel s'appliquerait également si l'UE refusait d'adapter un accord, comme celui concernant la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité (ARM).

Enfin, l'accord institutionnel prévoit également la création d'un **comité parlementaire mixte** (art. 16), qui se réunit pour discuter de questions qui ne portent pas uniquement sur le développement du droit mais qui relèvent de tous les domaines couverts par l'accord institutionnel. Ce comité est composé de membres de l'Assemblée fédérale et du Parlement européen. Il peut exprimer son point de vue sous forme de rapports ou de résolutions. La participation institutionnalisée de représentants du peuple démocratiquement élus vise à favoriser la compréhension mutuelle entre l'UE et la Suisse.

B.2.2. Interprétation du droit (art. 4)

Le but de l'accord institutionnel est de garantir à tous les opérateurs du marché, à savoir les parties contractantes, les acteurs économiques et les particuliers, une **plus grande sécurité juridique** ainsi que des conditions homogènes (*level playing field*) dans les domaines couverts par l'accord. La réalisation de cet objectif repose essentiellement sur une **interprétation uniforme des règles appliquées dans le marché commun**, qui existe grâce à l'accord.

Le principe de l'interprétation uniforme du droit est défini à l'art. 4 de l'accord institutionnel. Les destinataires de cette disposition sont en premier lieu les tribunaux et les autorités. Conformément à l'art. 4, par. 1, de l'accord institutionnel, la Suisse et l'UE sont tenues d'interpréter et d'appliquer, chacune sur leur territoire respectif, les accords d'accès au marché concernés **de manière uniforme et dans le respect des principes du droit international public. Si des notions de droit de l'UE de sont concernées**, celles-ci sont interprétées et appliquées par les deux parties conformément à la jurisprudence de la CJUE (par. 2). Cela adviendra régulièrement dès qu'il sera question d'appliquer des règles matérielles contenues dans les cinq accords concernés, dans la mesure où ceux-ci se fondent largement sur le droit de l'UE.

Ce principe n'est en soi pas nouveau et existe déjà dans les accords d'accès au marché existants entre la Suisse et l'UE, notamment dans l'ALCP (art. 16, par. 2) et l'accord sur le transport aérien (art. 1, par. 2). Ces dispositions prévoient uniquement l'obligation de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE *antérieure à la date de signature* desdits accords. En principe, selon une logique qui se fonde sur le sens et le but des accords (création d'une situation juridique parallèle), le Tribunal fédéral tient aussi déjà compte, notamment dans le domaine de la libre circulation des personnes, de la jurisprudence pertinente de la CJUE *postérieure à la date de signature* des accords en question, sauf s'il existe des motifs valables justifiant de s'écarter de la jurisprudence récente de la CJUE. Cela étant, l'art. 4 de l'accord institutionnel prévoit que les autorités et tribunaux suisses doivent tenir **compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE postérieure à la signature de l'accord institutionnel**, lors de l'interprétation et de l'application des accords concernés.

L'obligation d'interpréter de manière uniforme les accords d'accès au marché est relativisée de manière générale par la **jurisprudence « Polydor » de la CJUE**. Selon cette jurisprudence (que la CJUE avait

à l'origine développée⁶ dans le contexte des accords de libre-échange, puis étendue à l'ALCP depuis 2009 et à l'accord sur le transport aérien entre la Suisse et l'UE depuis 2013), les dispositions juridiques de l'UE reprises dans les accords bilatéraux Suisse-UE doivent être interprétées à la lumière de l'objet et du but particuliers de l'accord en question. Ainsi, la jurisprudence de la CJUE relative au droit de l'UE **ne peut pas être transposée de manière automatique aux accords bilatéraux**. Ceci résulte du fait que ces accords ne prévoient pas l'intégration pleine et entière dans le marché intérieur de l'UE ; ils sont rédigés de manière plus étroite. Le Tribunal fédéral suit lui aussi une jurisprudence analogue. L'accord institutionnel ne modifie en rien le caractère des accords d'accès au marché qui entrent dans son champ d'application (voir art. 17, par. 1). Dès lors, cette pratique devrait rester à l'avenir aussi valable.

B.2.3. Surveillance (art. 6 et 7)

L'accord institutionnel n'implique pas la création d'un organe de surveillance de caractère supranational (contrairement à ce que prévoit l'accord sur l'Espace économique européen [EEE], qui institue l'Autorité de surveillance AELE). La Suisse et l'UE sont chacune responsables de l'application correcte des accords sur leur territoire respectif (**modèle à deux piliers**). Un échange d'informations est possible et explicitement prévu dans le domaine des aides d'État. Cela dit, il ne s'agit pas d'une obligation de droit international. Les problèmes susceptibles de surgir sont discutés au sein des comités mixtes chargés de la gestion des accords.

B.2.4. Règlement des différends (art. 9 et 10, protocole 3)

Pour régler tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application des accords d'accès au marché soumis à l'accord institutionnel, les parties contractantes devront **recourir exclusivement à la procédure de règlement des différends prévue par l'accord institutionnel** (art. 9). Ce faisant, les parties s'engagent à appliquer le système convenu dans l'accord institutionnel. Il s'agit là d'une obligation usuelle pour interdire la pratique dite du *forum shopping* (course aux tribunaux). Cette disposition sert également les intérêts de la Suisse dans la mesure où elle exclut la possibilité pour les États membres de l'UE de se tourner vers la Commission européenne ou de saisir directement la CJUE.

La procédure de règlement des différends est définie à l'art. 10 de l'accord institutionnel. Il s'agit sur le fond d'une **procédure arbitrale classique**, telle qu'elle existe dans de nombreux traités internationaux, avec la particularité toutefois que le tribunal arbitral devra, en cas de nécessité, saisir la CJUE pour l'interprétation du droit de l'UE contenu dans les accords. Cela tient au fait que la responsabilité en matière d'interprétation du droit de l'UE incombe à la CJUE. Avant de recourir au tribunal arbitral, **les parties contractantes tentent de régler le différend au sein des comités mixtes concernés**, comme c'est déjà le cas maintenant.

En cas de différend concernant l'interprétation ou l'application de l'accord institutionnel ou d'un accord concerné (voir schéma à l'annexe II) ainsi qu'en cas de différend concernant la reprise du droit (voir schéma à l'annexe I), les parties se consultent dans un premier temps au sein du **comité mixte sectoriel** afin de trouver une solution mutuellement acceptable (art. 10, par. 1). Si le comité mixte ne parvient pas à trouver une solution dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle le différend a été porté devant le comité mixte, chacune des parties peut demander la mise en place d'un **tribunal arbitral paritaire** (art. 10, par. 2).

Le **protocole 3** de l'accord institutionnel règle dans les **détails** la composition du tribunal arbitral et le déroulement de la procédure arbitrale. Les règles correspondent principalement du droit international dans ce domaine. Concrètement, la Suisse et l'UE choisissent le **même nombre d'arbitres**. Si trois arbitres doivent être nommés, chacune des parties en désigne un. Si cinq arbitres doivent être nommés, chacune des parties en désigne deux. Les arbitres nommés par les parties choisissent ensemble le dernier arbitre qui exerce la fonction d'arbitre-président du tribunal arbitral. Ils se fondent à cet égard sur la liste des personnes qualifiées établie au préalable par la Suisse et l'UE au sein du comité mixte horizontal de l'accord institutionnel (protocole 3, art. II.2). Le tribunal arbitral s'efforce de prendre ses décisions par consensus. Si cela s'avère impossible, la décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité (protocole 3, art. IV.1). Les audiences devant le tribunal arbitral sont publiques, à moins qu'il n'en soit décidé autrement pour des motifs graves (protocole 3, art. III.12, par. 2). Les décisions du tribunal arbitral sont rendues publiques dans tous les cas (protocole 3, art. IV.2, par. 4).

Lorsque le différend soulève une **question concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition du droit de l'UE**, et si son interprétation est nécessaire pour régler le différend, le tribunal arbitral saisit la **CJUE** (art. 10, par. 3). Les parties contractantes ne sont pas autorisées à saisir directement la CJUE, mais doivent adresser une demande en ce sens au tribunal arbitral. La décision

⁶ Arrêt de la CJUE du 9 février 1982, *Polydor contre Harlequin Records*, affaire 270/80 (ECLI:EU:C:1982:43)

de saisir la CJUE relève exclusivement du tribunal arbitral. Si le tribunal arbitral refuse de saisir la CJUE, il doit motiver sa décision (protocole 3, art. III.9, par. 3).

Pour régler le différend, le tribunal arbitral s'appuie sur l'accord institutionnel, sur les dispositions des accords d'accès au marché concernés ainsi que sur les règles pertinentes du droit international, lesquelles incluent également des principes généraux de droit international comme celui de la responsabilité des États (protocole 3, art. IV.3, par. 1). Lorsque le tribunal arbitral soumet à la CJUE une question concernant l'interprétation d'une disposition du droit de l'UE, il doit tenir compte de l'arrêt de celle-ci dans le règlement du différend (art. 10, par. 3). Les parties contractantes sont en principe **liées par les décisions du tribunal arbitral**. La partie déboutée fait connaître à l'autre partie et au comité mixte compétent les mesures qu'elle a prises pour se conformer à la décision du tribunal arbitral (art. 10, par. 5).

Si une partie contractante décide de ne pas mettre en œuvre la décision du tribunal arbitral ou si l'autre partie estime que les mesures prises ne sont pas conformes à la décision du tribunal arbitral, celle-ci peut prendre des **mesures de compensation**. Ces mesures peuvent aller jusqu'à la suspension d'un ou plusieurs accords d'accès au marché soumis à l'accord institutionnel. Elles doivent néanmoins être **proportionnelles** (art. 10, par. 6). Si les avis des parties divergent quant à la proportionnalité des mesures, la partie affectée par les mesures peut se tourner tout d'abord vers le comité mixte compétent. Si le comité mixte ne parvient pas à prendre une décision dans un délai de six mois après avoir été saisi, la partie affectée par les mesures peut soumettre la question au **tribunal arbitral**. Celui-ci statuera sur la question en se fondant sur les bases légales mentionnées ci-dessus (art. 10, par. 7).

B.3. Exceptions au développement dynamique du droit (protocole 2)

L'accord institutionnel exempte pour la Suisse explicitement une série de dispositions du principe de la reprise dynamique des développements du droit de l'UE. Il s'agit de dispositions des différents accords d'accès au marché que la Suisse a négociées de manière bilatérale avec l'UE et qui tiennent compte des spécificités suisses. En cas de règlement d'un différend sur l'une de ces dispositions, le droit de l'UE ne serait pas concerné et aucune interprétation par la CJUE ne serait ainsi requise.

Sur la base du mandat du Conseil fédéral du 18 décembre 2013, les exceptions suivantes prévues par l'accord sur les transports terrestres pour **préserv**er les **acquis spécifiques de la Suisse dans le domaine des transports routiers et ferroviaires** sont également garanties par l'accord institutionnel :

- Poids total maximal autorisé pour les véhicules articulés poids lourds de 40 tonnes ;
- Interdiction du cabotage routier (transports entre deux lieux sur le territoire suisse avec un véhicule immatriculé dans l'UE et inversement) ;
- Interdiction de circuler la nuit et le dimanche ;
- Pas d'augmentation des capacités routières (notamment par le deuxième tunnel routier du Gothard) ;
- Redevance sur le trafic des poids lourds liée aux prestations (RPLP) ;
- Possibilité d'obliger des entreprises de transport des voyageurs à participer à l'intégration tarifaire en transport public ;
- Possibilité de donner la priorité au trafic voyageurs selon l'horaire cadencé s'appliquant aux lignes ferroviaires et aux lignes de car postal.

En concertation avec l'Office fédéral des transports, l'exception pour la vignette autoroutière n'a pas été conservée. Celle-ci ne fait pas partie du champ d'application de l'accord sur les transports terrestres et il s'agit d'éviter que la Suisse ne doive introduire une variante qu'elle ne désire pas avec une durée de validité plus courte (principe de proportionnalité, art. 32 de l'accord sur les transports terrestres).

Sur la base des précisions apportées au mandat du Conseil fédéral du 2 mars 2018, les réglementations suivantes dans le domaine de la **coordination des systèmes de sécurité sociale** (annexe II de l'ALCP) ont été exclues de la reprise dynamique du droit de l'UE :

- exclusion des législations cantonales relatives aux avances sur pensions alimentaires du domaine d'application des réglementations sur la coordination ;
- non-exportation des prestations complémentaires prévues par la loi du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires et des prestations cantonales similaires ;
- non-exportation des prestations cantonales non-contributives de type mixte en cas de chômage ;

- réglementations relatives à l'adhésion à l'AVS/AI facultative et à la continuation volontaire de l'AVS/AI ;
- non-exportation des allocations pour impotents.

Ces réglementations spécifiques pour la Suisse ont déjà été définies lors des négociations sur le texte initial de l'ALCP. Elles ont par la suite été maintenues lorsque le règlement (CEE) n° 1408/71 précédemment en vigueur a été remplacé, le 1^{er} avril 2012, par le règlement (CE) n° 883/2004 actuellement en vigueur dans l'annexe II de l'ALCP. Les exceptions mentionnées explicitement dans l'accord institutionnel garantissent que ces réglementations importantes pour les assurances sociales suisses ne soient pas concernées par de futures modifications du droit de l'UE et en particulier qu'aucune extension de l'obligation d'exportation ne doive être acceptée.

La seule exception ne pouvant pas être obtenue dans ce domaine était la non-reprise des nouvelles règles définissant la compétence en matière de versement des prestations de chômage aux travailleurs frontaliers, laquelle est en cours d'examen au sein de l'UE dans le cadre de la révision du *règlement n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale* (voir à ce sujet le point B.5.3).

Au-delà du mandat du Conseil fédéral, les exceptions contenues dans l'**accord agricole** ont également pu être exclues de la reprise dynamique du droit de l'UE. Elles concernent l'interdiction d'importer des plantes-hôtes du feu bactérien (*cotonéasters* et *stranvaesias*), l'interdiction du transport international d'animaux par la route et la possibilité pour la Suisse d'importer des viandes bovines issues de la production utilisant des hormones de croissance. Par ailleurs, la Suisse voulait obtenir une exception pour la réserve actuellement contenue dans l'accord agricole concernant les semences génétiquement modifiées. Comme des négociations sont actuellement en cours entre la Suisse et l'UE dans le cadre de cet accord dans le domaine de la sécurité alimentaire, l'UE a rejeté une exception explicite. Elle a préféré à cet égard signaler dans une note de bas de page du protocole que des négociations sur cette question se poursuivent entre les parties. Sans mention explicite de l'exception dans l'accord institutionnel, le domaine « OGM » n'est certes pas explicitement exclu de la reprise dynamique du droit, comme le voulait la Suisse. Cependant, il est clairement indiqué avec la note de bas de page qu'une nouvelle règle convenue entre la Suisse et l'UE serait nécessaire pour modifier la réserve y relative dans l'accord agricole.

B.4. Aides d'État (art. 8A, 8B, 8C ; annexe X)

Élément important pour garantir que les mêmes conditions s'appliquent à tous les acteurs du marché intérieur européen (*level playing field*), la Suisse et l'UE se sont mises d'accord sur des principes communs dans le domaine des aides d'État. Ceux-ci correspondent à la législation de l'UE en la matière.

Cette législation fait partie du **droit de la concurrence de l'UE**. Dans l'UE, sont considérées comme aides d'État des subventions ou d'autres avantages accordés au moyen de ressources étatiques (par ex. des privilèges fiscaux) en faveur de certaines entreprises ou de certains types de production, qui ne représentent pas une rémunération conforme aux conditions du marché pour une contrepartie reçue. En principe, elles sont interdites si elles affectent les **échanges transfrontaliers** et faussent ou menacent de fausser la concurrence.

L'interdiction des aides d'État n'est toutefois pas absolue. Il existe de nombreuses dérogations qui autorisent certaines aides d'État et qui s'appliqueraient aussi à la Suisse en fonction des différents accords sectoriels. Les principes de l'accord institutionnel ne sont pas directement applicables (à l'exception de l'accord sur le transport aérien) et sont limités à des accords sectoriels spécifiques entre la Suisse et l'UE (voir ci-dessous).

Une fois l'accord institutionnel conclu, les principes qu'il énonce concernant les aides d'État ne s'appliqueraient directement qu'à l'accord sur le transport aérien (art. 8A, par. 1 et art. 8B, par. 6). Il s'agit du seul accord d'accès au marché existant qui contient des dispositions relatives aux aides d'État. Dans les accords d'accès au marché à conclure à l'avenir, tels que l'accord sur l'électricité, les principes devraient être repris et complétés au besoin. L'UE a toujours affirmé qu'elle ne conclurait plus d'accord d'accès au marché qui ne contiendrait pas de dispositions relatives aux aides d'État comparables à celles du droit de l'UE et qui n'instaurerait pas de système de surveillance des aides d'État équivalent à celui de l'UE.

- Les *dispositions matérielles* de l'accord institutionnel relatives aux aides d'État constituent, à l'exception du domaine du transport aérien, des **principes qui ne sont pas directement applicables**, lesquels définissent le cadre de la réglementation concrète des aides d'État dans les accords sectoriels (art. 8A). Elles définissent quelles subventions et quels avantages accordés par l'État sont considérés comme des aides et quelles aides d'État sont autorisées. La notion d'aide

d'État englobe l'ensemble des subventions étatiques ou d'autres avantages accordés au moyen de ressources étatiques, à savoir aussi bien les aides individuelles (décisions d'une autorité) que les régimes d'aides (actes qui prévoient l'octroi des aides). Ces principes ne sont pas justiciables s'ils ne sont pas repris dans les différents accords sectoriels.

L'**accord sur le transport aérien** contient déjà une réglementation en matière d'aides d'État, laquelle est conforme aux principes généraux de l'accord institutionnel. Celui-ci prévoit en outre que l'accord sur le transport aérien soit complété par les dispositions du droit de l'UE relatif aux aides d'État pertinentes pour le trafic aérien (art. 8B, par. 6 et annexe X).

S'agissant des **futurs accords d'accès au marché**, les dispositions matérielles contraignantes doivent être négociées dans le cadre de ces accords sectoriels.

Selon le projet de décision du comité mixte que la Suisse et l'UE prévoient d'adopter dans le cadre de l'ALE après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel, les dispositions de l'**ALE** en matière d'aides d'État (formulées de manière très générales) devraient être interprétées conformément aux dispositions correspondantes de l'accord institutionnel, dans la mesure où les parties décident de saisir le tribunal arbitral établi par l'accord institutionnel dans un cas concret de différend sur les aides d'État selon l'ALE.

- Dans le domaine de la disposition relative à la procédure, l'accord institutionnel prévoit que chaque partie assure de manière indépendante le contrôle des aides d'État sur son territoire au moyen d'une autorité de surveillance propre (**modèle à deux piliers**). Pour la Suisse, cela signifie qu'une autorité helvétique assurerait la surveillance des aides d'État de la Confédération, des cantons et, le cas échéant, des communes, en tenant compte de l'art. 190 de la Constitution fédérale. La mise en œuvre concrète serait intégrée dans le droit national et dépendrait du secteur économique en question. L'article 8B de l'accord institutionnel prévoit certaines modalités à cet effet. Le système suisse doit être équivalent à celui de l'UE dans lequel la Commission européenne assure la surveillance des aides d'État. Les projets d'aide qui ne font pas l'objet de dérogations, par exemple ceux qui dépassent un montant minimal, doivent au préalable être soumis à une autorité indépendante pour évaluation. L'autorité de surveillance peut également prendre l'initiative d'examiner la conformité des mesures existantes avec le droit bilatéral relatif aux aides d'État et doit détenir la compétence d'exiger le remboursement d'aides octroyées illégalement. L'équivalence d'une future surveillance sectorielle suisse des aides se fondera sur l'ensemble des dispositions en vigueur dans l'UE pour le secteur concerné (voir art. 8B, par. 6, 2^e tiret).

En ce qui concerne l'**accord sur le transport aérien**, ces règles doivent être fixées par une décision de son comité mixte (voir la Déclaration conjointe UE-Suisse sur l'intégration de l'annexe X sur les dispositions considérées comme nécessaires, au sens de l'article 8B paragraphe 6 premier tiret, pour l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien dans cet accord). La Commission de la concurrence (COMCO) exerce actuellement la surveillance des dispositions en matière d'aides d'État dans le cadre de l'accord sur le transport aérien. Ses tâches et ses compétences devront être examinées à la lumière de l'accord institutionnel et de la décision du comité mixte évoquée ci-dessus.

S'agissant des **futurs accords d'accès au marché**, la mise en œuvre concrète, au niveau de la procédure, de la surveillance des aides d'État devra être réalisée dans le cadre de ces accords sectoriels.

L'accord institutionnel reconnaît que la Suisse tiendra compte des principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et du fédéralisme lors de la mise en œuvre de la surveillance des aides d'État. En principe, l'accord institutionnel prévoit la création d'une autorité pour assurer la surveillance. La Suisse veillera à ce que cette autorité dispose des compétences sectorielles et qu'elle puisse être créée dans le cadre de la répartition des tâches en vigueur entre Confédération et cantons, à savoir sans modifier la Constitution.

- Les dispositions de l'accord institutionnel sur la *transparence* (art. 8C) prévoient que les aides d'État accordées et les décisions des autorités de surveillance et des tribunaux des parties soient publiées. Le niveau de transparence en Suisse doit être équivalent à celui qui prévaut dans l'UE. Par ailleurs, un échange régulier d'informations est prévu, dont les spécificités sont définies par le comité mixte compétent.
- Si un différend oppose les parties en matière d'octroi des aides d'État, la *procédure de règlement des différends* prévue par l'accord institutionnel s'applique.

B.5. Libre circulation des personnes

En qualité d'accord d'accès au marché, l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) est soumis à l'accord institutionnel et donc à l'actualisation dynamique (voir le point concernant le Développement du droit). Le Conseil fédéral a cependant demandé l'octroi de diverses **exceptions** à la reprise du droit dans trois domaines (« lignes rouges ») : les mesures d'accompagnement, la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union ainsi que la révision du règlement (CE) n° 883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. L'UE a au contraire défendu le point de vue selon lequel les **mêmes conditions** doivent s'appliquer à tous les acteurs du marché intérieur de l'UE (*level playing field*) et que des exceptions générales ne sont pas acceptables. En cas de divergences sur la question de la reprise du droit, celles-ci pourraient être selon l'UE traitées et résolues au cas par cas dans le cadre de la procédure de reprise du droit et, si nécessaire, selon le mécanisme de règlement des différends prévu par l'accord institutionnel.

La question d'une éventuelle reprise des développements dans les trois domaines de la libre circulation des personnes mentionnés ci-dessus ne se posera qu'après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel et dans le cadre des mécanismes prévus par celui-ci (autrement dit : pas d'obligation de reprise, mais de possibles mesures de compensation par l'UE en cas de refus de reprise par la Suisse).

B.5.1. Mesures d'accompagnement (protocole 1)

Le Conseil fédéral a toujours affirmé que la **protection des salaires** en Suisse doit être garantie, ainsi que le dispositif de protection prévu à cet effet (mesures d'accompagnement). Il s'agit de conserver le niveau de protection actuel. À l'inverse, l'UE juge certaines mesures d'accompagnement non conformes au principe de libre prestation des services inscrit dans l'ALCP de 1999 et exige donc certaines adaptations. La critique de l'UE ne concerne en principe pas les mesures en soi, mais uniquement leur **proportionnalité**. Cette critique a justifié la nécessité pour l'UE de rechercher un accord institutionnel avec la Suisse. Selon l'UE, il ne fait pas sens de conclure un accord sans aborder cette question.

Dans le présent projet d'accord, l'**UE a fait la proposition suivante** (protocole 1) : afin que les mêmes conditions s'appliquent à tous les acteurs du marché (*level playing field*), la Suisse reprendra le droit européen pertinent dans le domaine du détachement de travailleurs dans un délai de trois ans après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel. Depuis 2013, soit depuis la définition du mandat de négociation de la Suisse, la législation européenne sur les travailleurs détachés a été renforcée à deux reprises. La **directive d'exécution** 2014/67/UE, adoptée en 2014, garantit son application dans les pays membres et la **directive révisée (UE) 2018/957 concernant le détachement de travailleurs** établit le principe du « salaire égal pour un travail égal au même endroit ». La reprise du droit de l'UE relatif au détachement de travailleurs engloberait les deux actes précités, à savoir la directive d'exécution et la directive révisée concernant le détachement de travailleurs.

La reprise de la **directive révisée concernant le détachement de travailleurs** confirmerait l'orientation du droit suisse en la matière et ne représenterait aucune différence matérielle par rapport à celui-ci. En principe, comme jusqu'à présent, seules les dispositions définies dans les lois, les décisions d'un tribunal arbitral et les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire (CCT DFO) s'appliquent aux travailleurs détachés. Pour la Suisse, cela signifie que les conditions de salaire et de travail fixées dans les CCT DFO, les lois et ordonnances ainsi que dans les contrats-types de travail avec salaires minimaux contraignants (art. 360b CO) sont toujours applicables.

En ce qui concerne la **directive d'exécution**, elle fournit partiellement une base pour certaines mesures d'accompagnement de la Suisse. Ainsi, le système suisse dispose sur plusieurs points de **règlementations et de solutions similaires**, notamment en termes d'obligation de déclaration, d'accès à l'information, de contrôles, de sanctions administratives et de responsabilité en cas de sous-traitance. La reprise de ces dispositions n'aurait pas de conséquence importante sur les mesures d'accompagnement. La directive d'exécution prévoit par ailleurs des **mesures de contrôle qui n'existent pas dans le dispositif suisse des mesures d'accompagnement**. Premièrement, les États membres peuvent exiger que l'employeur conserve ou présente certains documents pendant la durée du détachement dans l'État d'accueil (p. ex. contrats de travail, décomptes de salaire, relevés du temps de travail). En outre, il est possible d'obliger le prestataire de services de désigner une personne de contact dans l'État d'accueil qui, au besoin, transmet et reçoit des documents et/ou des avis. En revanche, sur d'autres points, **le droit de l'UE ne prévoit pas de mesures comparables**, notamment en ce qui concerne le délai d'annonce, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de documentation sur place pour les prestataires de services indépendants, qui permet un premier examen de leur statut.⁷ La directive d'exécution prévoit par ailleurs la possibilité pour les États de prendre des mesures de contrôle additionnelles à celles explicitement nommées. De telles mesures ne peuvent

⁷ La différence réside en ce que la conservation de documents conformément à la directive d'exécution concerne les employeurs, alors que l'obligation de documentation selon la loi sur les travailleurs détachés vise les indépendants.

toutefois être prises que si les mesures existantes sont insuffisantes et que si les mesures complémentaires sont **justifiées et proportionnelles**.

L'UE reconnaît que la reprise et la mise en œuvre du droit de l'UE ne permettent pas de couvrir à elles seules l'ensemble des besoins de protection en Suisse. C'est pourquoi, compte tenu des spécificités du marché du travail suisse et des mesures nécessaires au maintien du niveau de protection, l'UE a proposé d'accepter une série d'instruments qui vont au-delà de ceux que prévoit la législation européenne sur le détachement de travailleurs. L'offre de l'UE comprend concrètement la **garantie, dans l'accord, des mesures essentielles suivantes** :

- la possibilité d'un **délai d'annonce** spécifique par branche de quatre jours ouvrables sur la base des analyses de risque (délai actuel de huit jours civils pour tous les prestataires, y compris les week-ends et les jours fériés) ;
- le **dépôt d'une garantie financière** pour les acteurs n'ayant pas respecté leurs obligations financières (aujourd'hui, une obligation générale existe dans les branches au bénéfice d'une CCT DFO, laquelle prévoit le dépôt d'une garantie financière) ;
- une **obligation de documentation pour les indépendants**.

Une acceptation de l'offre de l'UE signifierait que les **mesures convenues dans l'accord** pourraient être exclues du développement du droit et que leur teneur ne pourrait être remise en question ni par le tribunal arbitral ni par un autre tribunal, c'est-à-dire que les mesures essentielles citées et le système dual d'exécution ne seraient pas remis en question. Lors de la révision de la loi sur les travailleurs détachés, il s'agira de veiller à ce que les instruments adaptés (notamment le dépôt d'une garantie financière et le délai d'annonce) conservent les mêmes effets de protection (voir à ce sujet l'annexe « Différences entre la législation européenne sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement suisses existantes ; proposition de l'UE relative aux mesures d'accompagnement », ch. 3).

Les **autres mesures d'accompagnement** sont en grande partie comparables avec la législation européenne en vigueur (directive d'exécution et directive révisée concernant le détachement de travailleurs). Cela signifie qu'elles ne seraient certes pas garanties par l'accord et qu'elles seraient soumises au développement du droit et à l'examen par le tribunal arbitral. Il s'agit cependant de constater qu'en majorité, elles sont très similaires sur le fond aux mesures en vigueur dans l'UE. C'est pourquoi leur teneur n'est pas menacée et qu'elles pourraient si nécessaire être adaptées sur la forme de manière unilatérale tout en conservant leur effet de protection actuel.

B.5.2. Directive relative au droit des citoyens de l'Union (directive 2004/38/CE)

La directive relative au droit des citoyens de l'Union, que le traité de Maastricht de 1992 a permis d'élaborer, a provoqué un changement de système au sein de l'UE, en s'éloignant de la libre circulation des travailleurs au profit d'un concept de réelle citoyenneté européenne. La directive englobe d'une part l'ensemble de la jurisprudence réunie jusqu'à son adoption dans le domaine de la libre circulation des personnes et remplace l'ancien droit relatif à l'entrée et à la sortie ainsi qu'au séjour. Dans ce domaine, la directive représente un développement du droit de libre circulation, qui repose à l'origine sur le traité de Maastricht (1992). La directive prévoit en outre de nouveaux droits et devoirs qui vont clairement au-delà de la libre circulation des travailleurs et qui se fondent sur la nouvelle notion de citoyenneté européenne. Selon l'évaluation de la Suisse, ces droits et devoirs ne peuvent pas être déterminants pour l'ALCP, lequel se base sur la libre circulation des travailleurs, et ils ne peuvent donc pas être reflétés dans le présent accord.

Du point de vue matériel, plusieurs aspects de la directive sont particulièrement problématiques pour la Suisse, notamment

- **l'extension des droits à l'aide sociale des personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative et de celles dont les rapports de travail ont été interrompus de manière involontaire**. Les premières doivent disposer des ressources financières suffisantes pour leur séjour. Selon la pratique de la CJUE concernant la directive⁸, elles peuvent néanmoins recourir à l'aide sociale à partir d'un séjour d'une durée de trois mois, sans que la revendication mène automatiquement à un renvoi. Le système de sécurité sociale de l'Etat concerné ne peut pas, ce faisant, être affecté de manière déraisonnable et disproportionnée. Cela doit être examiné au cas par cas. Quant aux secondes, elles peuvent percevoir des prestations de l'aide sociale pendant six mois après la perte de leur emploi si celle-ci s'est produite au cours de leur première année de séjour. Les personnes dont les rapports de travail ont été résiliés après les douze premiers mois bénéficient d'un droit de séjour illimité et d'un droit à l'aide sociale, à condition que ces personnes soient inscrites auprès

⁸ Voir CJUE, Affaire C-140/12 (Brey).

d'un office du travail, qu'elles recherchent activement un emploi et qu'elles aient des perspectives fondées de trouver un emploi dans un avenir proche. En revanche, selon le droit en vigueur, les personnes sans activité lucrative et celles qui ont perdu leur emploi au cours de leur première année de séjour n'ont aucun droit à l'aide sociale. En cas de chômage involontaire après des rapports de travail d'une durée de plus d'un an, le droit à l'aide sociale dure au maximum six mois après la perte d'un emploi ou jusqu'à six mois après la fin des indemnités de chômage. Ces règles basées sur l'ALCP ont été adoptées le 16 décembre 2016 par le Parlement et sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2018 ;

- **les conditions plus strictes pour l'expulsion criminelle, l'éloignement et la révocation d'une autorisation de séjour ou d'établissement pour préserver la sécurité publique et l'ordre public (exception de l'ordre public) ;**
- **le droit de séjour permanent**, qui est accordé, selon la directive relative au droit des citoyens de l'Union, à partir d'une durée ininterrompue de séjour de cinq ans. Même en cas de dépendance continue à l'aide sociale, l'acquisition du droit de séjour permanent ne peut en principe pas être refusé. Le droit de séjour permanent correspond dans une large mesure à l'autorisation d'établissement C UE/AELE en Suisse, octroyée en principe après dix ans⁹ en cas de bonne intégration, conformément à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹⁰. Dans la loi, les conditions justifiant un droit de séjour de durée indéterminée ainsi que le maintien de ce droit sont plus restrictives (respect de critères d'intégration tels que l'indépendance économique ou les compétences linguistiques) que celles de la directive relative au droit des citoyens de l'Union¹¹.

Du point de vue de la Suisse, ces éléments découlent de la citoyenneté européenne et ne doivent ainsi pas être repris. De l'avis de l'UE en revanche, la directive relative au droit des citoyens de l'Union constitue intégralement un développement de la libre circulation des personnes.

Dans le projet d'accord, cette directive n'est pas mentionnée. La Suisse n'a pas pu obtenir d'exception explicite dans l'accord en vertu de laquelle elle ne serait pas tenue de reprendre la directive. Contrairement au domaine de la législation sur le détachement de travailleurs, l'UE a renoncé à exiger que soit stipulé dans l'accord l'engagement explicite de la Suisse de reprendre la directive en question dans un délai déterminé. En cas de divergence concernant la question de la reprise de la directive relative au droit des citoyens de l'Union, le mécanisme de règlement des différends prévu par l'accord institutionnel serait applicable. Comme les aspects de la directive particulièrement problématiques pour la Suisse ne se basent précisément pas sur la libre circulation des travailleurs mais sur la notion de citoyenneté européenne (p. ex. séjour permanent), elle argumenterait en ce sens devant un tribunal arbitral paritaire en cas de différend. Si le tribunal arbitral prenait une décision n'allant pas dans le sens souhaité par la Suisse, les modalités de reprise ou de reprise partielle devraient être négociées. Comme expliqué au point Développement du droit (B.2.1), l'accord institutionnel prévoit finalement aussi la possibilité d'une telle non-reprise. Si la Suisse refusait de reprendre la directive, l'UE pourrait adopter des mesures de compensation. La Suisse pourrait toutefois, à la différence de la situation actuelle, demander au tribunal arbitral d'examiner la proportionnalité de telles mesures (voir annexe I).

B.5.3. Coordination des systèmes de sécurité sociale

Sur la base des précisions apportées au mandat du Conseil fédéral du 2 mars 2018 dans le domaine de la coordination des systèmes de sécurité sociale (annexe II de l'ALCP), les exceptions existantes ont pu être exclues de la reprise dynamique du droit (voir point B.3).

Au sein de l'UE, une révision du règlement (CE) n° 883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale est en cours. Un point essentiel concerne le changement de compétence en matière de versement des prestations de chômage aux travailleurs frontaliers, du pays de résidence à celui de l'exercice de l'activité professionnelle. Contrairement au projet de la Commission européenne et du texte approuvé par le Conseil de l'UE, le projet du Parlement européen prévoit que les frontaliers au chômage peuvent choisir entre le pays de leur dernière activité lucrative et leur pays de résidence (modèle du choix). Ces modifications engendreraient d'importants coûts supplémentaires pour l'assurance-chômage suisse et nécessiteraient une révision correspondante de la loi sur l'assurance-chômage (augmentation du taux de cotisation). L'UE n'a pas donné suite à la demande de la Suisse de prévoir dans l'accord institutionnel une exception explicite à la reprise dynamique du droit pour ce futur

⁹ Si une convention d'établissement a été conclue, ce délai est de cinq ans. Une convention d'établissement a été conclue avec les pays suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, France, Grèce, Italie, Pays-Bas et Portugal. Dans la pratique, les ressortissants de Finlande, d'Irlande, du Luxembourg, du Royaume-Uni et de Suède obtiennent également une autorisation d'établissement après cinq ans si les critères d'intégration sont remplis.

¹⁰ RS 142.20

¹¹ En 2017, 66 600 autorisations d'établissement (livret C) ont été délivrées aux ressortissants de l'UE et de l'AELE. Avec l'introduction d'un droit de séjour permanent, environ 9700 personnes additionnelles auraient pu, en principe, revendiquer un tel droit au 31 décembre 2017. Source : statistiques spéciales SYMIC (état le 31.12.2017).

changement de compétence. Le processus de révision n'est pas encore achevé au sein de l'UE ; les négociations correspondantes du trilogue (Parlement européen, Conseil de l'UE, Commission européenne) sont actuellement menées. Pour cette raison, il a été renoncé à une mention de la révision du règlement (CE) n° 883/2004 dans l'accord institutionnel.

Les éventuelles modalités de reprise devraient être négociées plus tard au sein du comité mixte de l'ALCP. En cas de différend portant sur une reprise future du règlement révisé, le mécanisme de règlement des différends serait applicable. Avec ou sans accord institutionnel, il faut s'attendre à ce que l'UE et ses États membres demandent à la Suisse de reprendre ce développement du droit de l'UE. La Suisse a toujours accepté de reprendre les modifications précédentes du règlement (CE) n° 883/2004 dans l'annexe de l'ALCP. En présence d'un accord institutionnel, ce différend pourrait être traité de manière appropriée dans le cadre de la procédure de règlement des différends (voir ci-dessus). Les mesures de compensation susceptibles d'être prises par l'UE seraient examinées par le tribunal arbitral quant à leur proportionnalité. Sans accord institutionnel, il ne peut pas être exclu que l'UE prenne des mesures de rétorsion. Un mécanisme d'examen de ces mesures, comme prévu par l'accord institutionnel, n'existerait alors pas.

B.6. Dénonciation (art. 22)

L'accord institutionnel prend fin six mois après sa dénonciation. En cas de dénonciation de l'accord institutionnel, la clause guillotine incluse dans chaque accord des Bilatérales I ne s'appliquerait pas directement. Ainsi, les cinq accords d'accès au marché déjà existants et couverts par l'accord institutionnel ne cesseraient pas automatiquement d'être applicables. Ce dernier prévoit un **processus de consultation de trois mois**, qui permettrait aux parties de discuter des conséquences sur les accords existants et de définir ensemble les prochaines étapes. Si les parties parviennent à trouver une solution, ces accords restent en vigueur. Dans le cas contraire, ils cessent également de s'appliquer après l'expiration du délai de dénonciation prévu par ceux-ci, qui est également de six mois.

Tout accord sectoriel conclu après la signature de l'accord institutionnel et y faisant explicitement référence prendrait fin en même temps que l'accord institutionnel, soit six mois après la dénonciation de celui-ci. La logique qui prévaut ici est que, d'une part, aucun nouvel accord d'accès au marché ne serait conclu par l'UE sans un accord institutionnel en vigueur et que, d'autre part, de tels accords renverraient aux mécanismes institutionnels de l'accord institutionnel et ne seraient plus opérationnels à ce niveau si ce dernier était supprimé.

B.7. Déclaration conjointe sur les accords liés au commerce et projet de décision du comité mixte de l'ALE

Outre les accord bilatéraux d'accès au marché dans les domaines de la libre circulation des personnes, des transports terrestres, du transport aérien, des obstacles techniques au commerce et de l'agriculture, l'UE souhaitait encore soumettre d'autres accords existants à l'accord institutionnel, en particulier l'**accord de libre-échange de 1972** (ALE ; RS 0.632.401) et l'**accord sur les marchés publics** (RS 0.172.052.68). Cette volonté reposait sur le fait que ces accords, eux-aussi, facilitent l'accès réciproque au marché et comportent plusieurs dispositions qui s'appuient sur le droit de l'UE. Toutefois, la Suisse a rejeté cette exigence dès le départ. Elle a fait valoir qu'il ne peut être question d'un accord d'accès au marché au sens de l'accord institutionnel que lorsqu'un accord repose sur l'harmonisation du droit entre la Suisse et l'UE, à savoir lorsque l'accord se base sur le droit pertinent de l'UE dans le domaine concerné et qu'en contrepartie, il permet à la Suisse de participer pleinement au marché intérieur de l'UE dans ce domaine. En ce qui concerne les deux accords commerciaux évoqués, ce n'est pas le cas, contrairement aux autres accords bilatéraux soumis à l'accord institutionnel. L'UE s'est déclarée disposée à **exclure l'ALE et l'accord sur les marchés publics du champ d'application de l'accord institutionnel** (art. 2, par. 2 de l'accord).

En revanche, les parties ont convenu de mentionner l'ALE dans le préambule de l'accord institutionnel et ajouté une déclaration conjointe (ci-après la « déclaration ») dans laquelle la Suisse et l'UE affirment leur volonté d'engager des négociations sur la **modernisation, notamment, de l'ALE et d'autres accords liés au commerce** (ch. 5 et 11 de la déclaration). L'objectif d'une telle modernisation est d'approfondir l'accès réciproque au marché et de faciliter les échanges commerciaux de part et d'autre. L'accord doit se baser sur les règles de l'OMC (ch. 3 de la déclaration).

La déclaration n'est pas contraignante juridiquement et contient une liste non exhaustive de domaines qui s'inspire pour l'essentiel des accords globaux de libre-échange de dernière génération et qui doit encore être précisée par les parties à la négociation (ch. 6 et 7 de la déclaration) :

- accès au marché et échanges de biens plus approfondis dans tous les secteurs ;

- application d'éventuelles mesures de défense commerciale vis-à-vis de l'autre partie ;
- facilitation des échanges commerciaux et coopération douanière ;
- simplification des règles relatives à l'origine des marchandises ;
- libéralisation du commerce des services et des investissements, en maintenant les exceptions actuelles pertinentes, notamment dans le domaine des services financiers ;
- protection de la propriété intellectuelle ;
- développement durable (normes sociales et environnementales) ;
- perfectionnement des dispositions en matière d'accès aux marchés publics ;
- amélioration de la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité ;
- règles relatives aux aides d'État.

En fonction de l'étendue de la participation de la Suisse au marché intérieur de l'UE sur la base de l'ALE modernisé, ce dernier sera soumis à l'accord institutionnel et à la procédure de règlement des différends mise en place par celui-ci (ch. 9 de la déclaration). Pendant la période transitoire entre l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel et celle d'un éventuel ALE modernisé, la déclaration prévoit la **possibilité de recourir au mécanisme de règlement des différends de l'accord institutionnel également dans le domaine de l'ALE** et de l'accord sur les marchés publics (ch. 8 de la déclaration). Dans un cas concret de différend, la condition est que les deux parties se soient mises d'accord sur ce point. Le recours au mécanisme de règlement des différends de l'accord institutionnel pour l'ALE en vigueur serait en principe également dans l'intérêt de la Suisse, car, jusqu'à présent, les différends dans le cadre de l'ALE ne peuvent être discutés par les parties qu'au sein du comité mixte. Si aucune solution n'est trouvée dans cet organe, le litige reste irrésolu. Les éventuelles contre-mesures ne pourraient pas être examinées par le tribunal arbitral quant à leur proportionnalité. Dans la mesure où les parties doivent explicitement accepter un éventuel recours au tribunal arbitral mis en place par l'accord institutionnel pour un différend dans le cadre de l'ALE, la Suisse dispose alors de la possibilité de renoncer à cette option.

Afin qu'il soit juridiquement possible de recourir au mécanisme de règlement des différends de l'accord institutionnel dans le cadre de l'ALE, le comité mixte de l'ALE doit l'approuver formellement. Le **projet de décision en ce sens du comité mixte de l'ALE** est annexé à l'accord institutionnel. Le comité mixte de l'ALE ne prendra cette décision qu'une fois l'accord institutionnel entré en vigueur. Concernant les éventuels différends sur les dispositions de l'ALE relatives aux aides d'État, il est stipulé dans l'un des considérant du projet de décision que l'accord institutionnel constitue un accord ultérieur à l'ALE au sens de l'art. 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cela signifie que les dispositions de l'ALE en matière d'aides d'État doivent être interprétées conformément aux dispositions correspondantes de l'accord institutionnel après l'entrée en vigueur de celui-ci. Comme évoqué précédemment, le tribunal arbitral de l'accord institutionnel ne peut toutefois être saisi, dans un cas particulier de différend, que si les deux parties l'acceptent.

B.8. Déclaration conjointe sur la cohésion

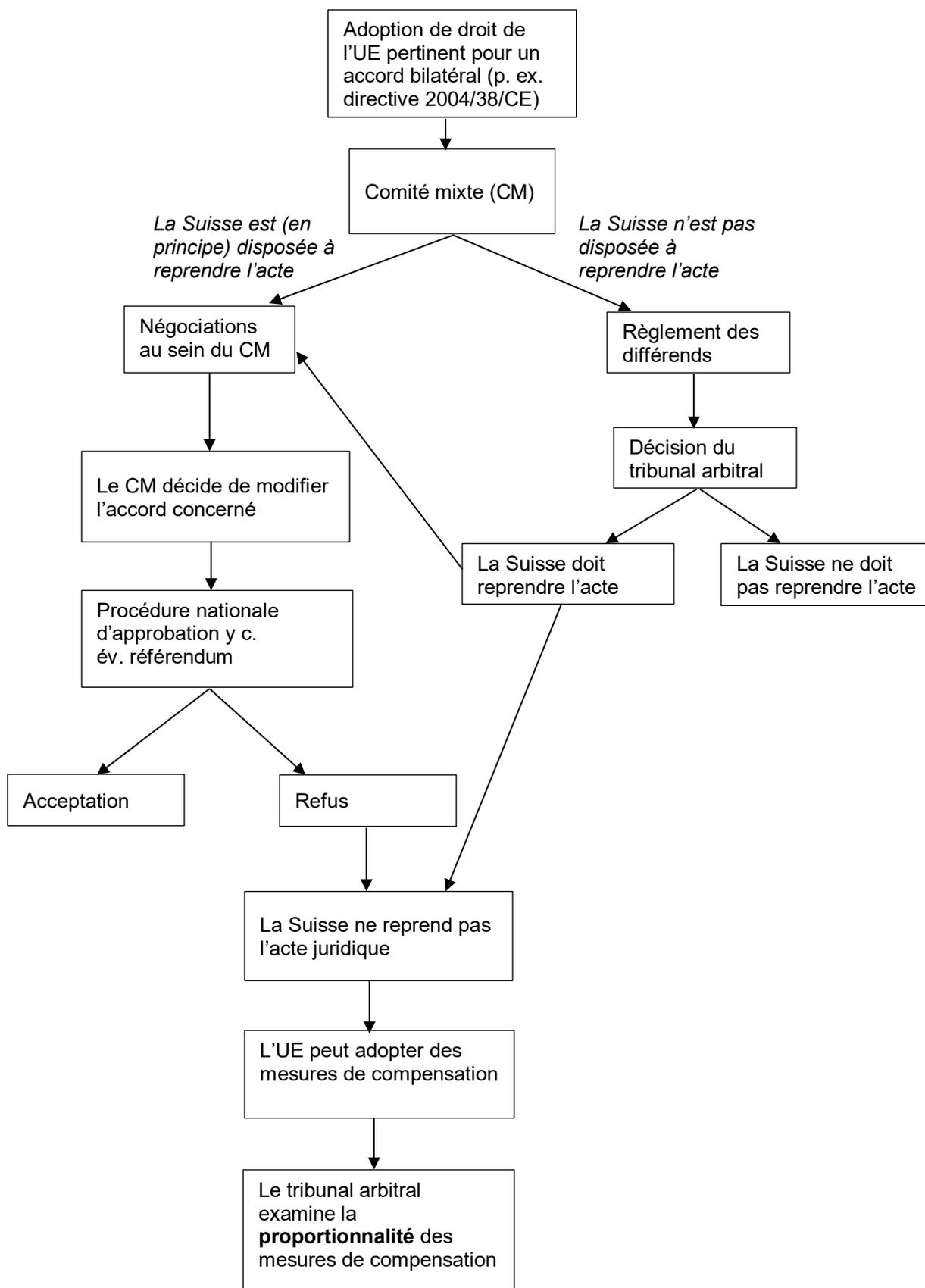
Le préambule de l'accord institutionnel ainsi que le projet de déclaration politique conjointe de la Suisse et de l'UE, qui sera publiée également à l'occasion de la signature de l'accord, évoquent les **contributions de la Suisse en faveur de certains États membres de l'UE visant à réduire les disparités économiques et sociales au sein de l'Union**.

Il y est précisé que la Suisse verse ces contributions **de manière autonome** et au vu de son **accès au marché intérieur de l'UE**. Dans le cadre de cette déclaration, la Suisse se montre par ailleurs disposée à financer des projets et programmes suisses en cohérence avec les programmes correspondants de l'UE. Il n'existe donc pour la Suisse aucune obligation légale de verser régulièrement de telles contributions. La déclaration conjointe est de **nature politique** ; elle ne revêt pas de caractère juridique contraignant.

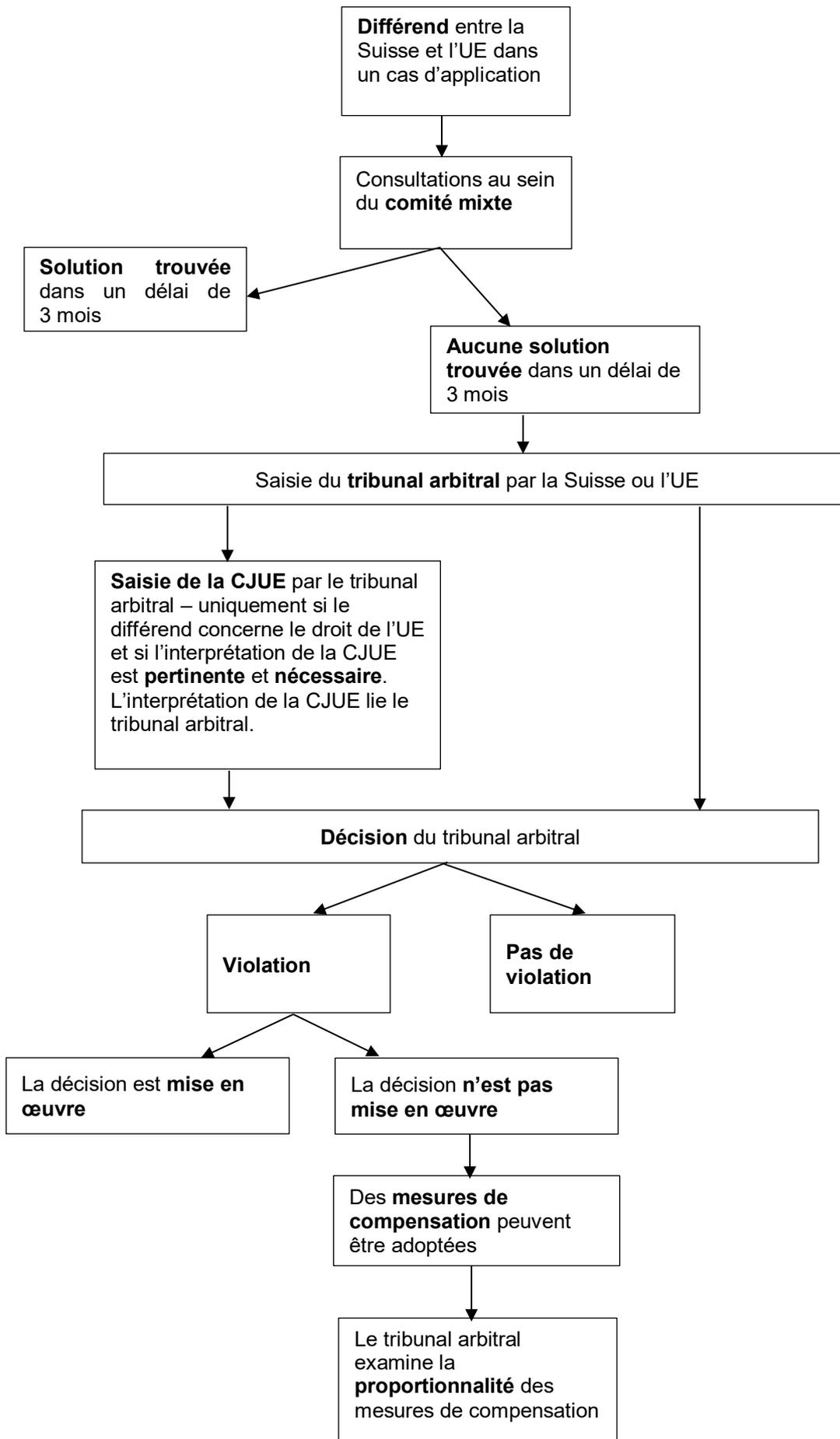
Enfin, la déclaration conjointe mentionne que les modalités de mise en œuvre de la contribution autonome de la Suisse doivent être réglées dans un **mémoire d'entente (memorandum of understanding) séparé entre l'Union européenne et la Suisse**, qui reste à négocier. Un tel mémoire d'entente a déjà été conclu pour la première contribution à l'élargissement et il est conforme à la procédure esquissée dans le message relatif à la deuxième contribution de la Suisse en faveur de certains États membres de l'UE.

C. Annexes

C.1. Développement dynamique du droit



C.2. La procédure de règlement des différends dans un cas d'application



C.3. Différences entre la législation européenne sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement suisses existantes ; proposition de l'UE relative aux mesures d'accompagnement

C.3.1. Mesures d'accompagnement, accord sur la libre circulation des personnes et législation de l'UE sur les travailleurs détachés : contexte de départ

La Suisse met en œuvre dans la loi sur les travailleurs détachés¹² (LDét) le principe de la libre prestation de services limitée inscrit dans l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)¹³, appliquant ainsi la directive européenne 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service (ci-après directive sur le détachement des travailleurs). Les employeurs détachant des travailleurs en Suisse au sens de la libre prestation de services doivent leur garantir les conditions de travail et de salaires minimales prescrites par la législation suisse (art. 2 LDét). D'autres mesures d'accompagnement, adaptées au contexte suisse, notamment au système d'exécution dual, ont en outre été introduites pour protéger les salaires. La législation étant basée sur l'ALCP, en cas de différend, le Tribunal fédéral examine la compatibilité des dispositions de la LDét avec cet accord.

Depuis son introduction il y a quinze ans, le système des mesures d'accompagnement a été constamment adapté aux dernières évolutions en cours (p. ex augmentation du nombre de prestataires de services et de travailleurs frontaliers issus de l'UE, modification de la structure de la population active). Des améliorations ont été apportées régulièrement en termes d'efficacité et en fonction des risques. Ces améliorations visent toujours le même but, à savoir vérifier l'adéquation des processus, de l'organisation de l'exécution et des outils de travail techniques par rapport à l'objectif poursuivi et structurer le système fédéral et dual d'exécution de la manière la plus efficiente et efficace possible.

L'UE est d'accord avec les objectifs fondamentaux des mesures d'accompagnement suisses. Depuis l'adoption du mandat de négociation suisse en 2013, la législation de l'UE en matière de travailleurs détachés a été renforcée sur des points essentiels. En appliquant le principe d'un salaire égal pour un même travail au même endroit, l'UE accorde aujourd'hui une importance plus grande à la protection des travailleurs qu'au principe de la libre prestation transfrontalière de services. Son optique se rapproche ainsi de celle des mesures d'accompagnement suisses. Actuellement, des divergences subsistent sur le plan des instruments et de leur mise en œuvre. L'UE, pour sa part, accorde une importance toute particulière aux principes de proportionnalité et de non-discrimination.

C.3.2. Comparaison entre la législation européenne sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement suisses

C.3.2.1. Directive d'exécution de l'UE

Le 15 mai 2014, l'UE a adopté la « Directive relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services » (ci-après directive d'exécution). Cette dernière a été approuvée suite à une évaluation de la mise en œuvre et de l'application de la directive de l'UE concernant le détachement de travailleurs, mandatée par la Commission européenne. Celle-ci avait en effet constaté des lacunes et des problèmes de mise en œuvre dans certains Etats membres qui se sont vus accorder un délai jusqu'au 18 juin 2016 au plus tard pour intégrer la directive dans leur législation nationale.

Instruments de la directive d'exécution

Pour garantir un meilleur respect des obligations découlant de la directive sur le détachement, la directive d'exécution permet de recourir à des mesures « aux fins du contrôle effectif du respect des obligations (...) pour autant que celles-ci soient justifiées et proportionnées (...) ». La directive cite en exemple les mesures suivantes que les États membres de l'UE peuvent prendre :

- Définition de notions autour du détachement de travailleurs, dans le but de prévenir les abus (chap. I, directive d'exécution) : la formulation de critères permet d'harmoniser l'interprétation du concept de détachement au sens de la directive éponyme (l'art. 4, par. 1 précise que « ces éléments sont

¹² Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail; RS 823.20

¹³ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes ; RS 0.142.112.681

destinés à assister les autorités compétentes lors des vérifications et des contrôles »). Les organismes de contrôle peuvent ainsi plus facilement identifier les faux travailleurs indépendants ou les entreprises boîtes aux lettres créées pour contourner la directive ;

- Accès des prestataires de services aux informations (chap. II) : pour faciliter aux entreprises détachant des travailleurs l'accès à l'information sur les conditions de travail et de salaires minimales applicables dans l'Etat d'accueil, les États membres doivent créer un site internet national officiel plurilingue, constituant une source d'informations utiles unique pour les prestataires de services ;
- Coopération administrative (assistance mutuelle pour échange d'informations au moyen du système d'information du marché intérieur, [IMI]) chap III) ;
- Exigences posées aux prestataires de services (obligation et modalités de déclaration) et mise en place de mesures de contrôle (chap. IV) ;
- Défense des droits des travailleurs détachés par ces derniers et par les syndicats dans l'État d'accueil, responsabilité de l'entrepreneur contractant en cas de sous-traitance (chap. V) ;
- Exécution transfrontalière de sanctions, reconnaissance, notification et application de décisions (chap. VI) ;
- Réglementation de la coopération administrative, notamment au moyen du système d'information du marché intérieur (IMI) qui permet l'échange standardisé d'informations entre les autorités (chap. VII).

Différences entre la directive d'exécution et le dispositif des mesures d'accompagnement

Sur certains points, le système suisse prévoit des réglementations et des solutions similaires, p. ex. l'obligation de déclaration (chap. IV directive d'exécution), les sources d'informations (chap. II), les contrôles (chap. IV), les sanctions administratives (chap. VI) et la responsabilité en cas de sous-traitance (chap. V). Ces éléments pourraient être repris sans avoir un impact fondamental sur les mesures d'accompagnement.

La directive d'exécution fait état de mesures de contrôle qui n'existent pas dans le dispositif des mesures d'accompagnement. Premièrement, les États membres d'accueil peuvent exiger que le prestataire de services conserve ou fournisse certains documents pendant la durée du détachement sur leur territoire. De plus, le prestataire de services peut être tenu de désigner une personne chargée d'assurer la liaison avec les autorités compétentes dans l'État membre d'accueil qui, si nécessaire, transmettra et recevra des documents et/ou des avis.

Sur certains points, en revanche, la législation de l'UE ne donne pas d'instructions concrètes. C'est notamment le cas de certaines dispositions dans la législation relative aux mesures d'accompagnement dont l'UE a jugé que l'application constituait une restriction de la liberté de prestation de services prévue dans l'ALCP. L'UE s'est montrée particulièrement critique par rapport au délai d'annonce préalable fixé à huit jours, à l'obligation de dépôt d'une garantie financière et à l'obligation pour les prestataires de services indépendants de fournir certains documents. Si, comme nous l'avons évoqué, la directive d'exécution prévoit la possibilité pour les États membres de prendre des mesures supplémentaires, celles-ci doivent cependant être justifiées et proportionnées. Il est expressément prévu que les partenaires sociaux puissent continuer de contribuer à leur bonne exécution. L'UE ne remet donc pas en question l'orientation fondamentale des mesures, mais la manière dont elles sont organisées. En cas de reprise de la directive d'exécution, une convention avec l'UE, par exemple un protocole dans l'accord institutionnel, devrait garantir les différentes mesures rendues nécessaires par les spécificités du marché du travail suisse et par l'organisation fédérale et duale de l'exécution. De plus, la reprise de la directive d'exécution serait porteuse d'avantages pour la Suisse, notamment dans l'optique d'une amélioration de la coopération administrative avec les États membres de l'UE (transmission de documents officiels, entre autres notification de sanctions administratives).

C.3.2.2. Directive révisée de l'UE sur le détachement

Le 28 juin 2018, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont approuvé une révision de la directive sur le détachement. La nouvelle directive permet de concrétiser le principe politique reconnu par l'UE « à travail égal, salaire égal en un même endroit ». Elle prévoit de renforcer les règles de l'Etat d'accueil applicables aux travailleurs détachés, notamment au moyen des mesures suivantes:

- Durée des détachements limitée à douze mois, avec possibilité de prolonger à 18 mois. Au-delà de 18 mois, on considère comme Etat d'accueil le pays dans lequel le travailleur exerce habituellement son activité. En conséquence, tous les aspects du droit du travail sont à prendre en compte (à l'exclusion des dispositions relatives à la conclusion et à la cessation des rapports de travail) ;

- Cette réglementation ne s'applique cependant pas au principe selon lequel le travailleur détaché reste affilié au système de sécurité sociale de son pays d'origine pendant toute la durée du détachement ;
- Extension de la notion de « salaire minimal » à celle de « rémunération ». Tous les droits ayant trait au salaire, comme les majorations pour les heures supplémentaires, les indemnités en cas d'intempéries mais également l'ensemble de la structure salariale avec les catégories d'âge, d'ancienneté, de qualifications etc., sont donc considérés comme des composantes salariales ;
- Application des normes de protection des travailleurs aux travailleurs intérimaires ;
- Validité des conventions collectives de travail étendues (surtout des aspects relatifs à la rémunération) dans tous les secteurs, et non pas uniquement le bâtiment ;
- Intervention de la « Plateforme européenne de lutte contre le travail non déclaré » pour détecter les violations commises dans le cadre de détachements ;
- En raison de la forte mobilité du transport sur route, une réglementation spéciale devra être trouvée. Ce secteur n'est donc pas touché par la révision de la directive concernant le détachement des travailleurs ;
- Obligation pour l'employeur de prendre en charge les frais en lien avec le détachement dans le respect des normes juridiques applicables au rapport de travail (voyages, repas et hébergement).

Actuellement, la Suisse n'est pas tenue de reprendre les évolutions du droit de l'UE sur les travailleurs détachés. L'art. 17 ALCP, intitulé « Développement du droit », prévoit que les parties contractantes doivent s'informer mutuellement des évolutions de leur législation interne par le biais du Comité mixte. Le Comité mixte procède à un échange de vues sur les implications qu'une telle modification entraînerait pour le bon fonctionnement de l'accord. Les mesures de rétorsion sont en principe autorisées. La modification n'est cependant reprise dans l'ALCP que si les deux parties en conviennent.

Comparaison avec les mesures d'accompagnement

En raison des spécificités suisses, les mesures d'accompagnement ont une forme qui leur est propre. L'essentiel des réglementations (conditions de travail et de salaire) est comparable. La comparaison met en évidence les éléments suivants :

- La libre prestation de services prévue dans l'ALCP est limitée à 90 jours ouvrables par année civile. Les prestations de services sur une période supérieure à 90 jours ne sont pas couvertes par l'ALCP et font l'objet d'une autorisation relevant du droit des étrangers, laquelle est octroyée à condition que les normes suisses en matière de travail et de salaire soient respectées, dans la mesure où elles sont applicables au détachement. La limitation de la durée des détachements à douze ou 18 mois, souhaitée par l'UE, n'aurait donc pas de conséquences pour la Suisse. En raison des exceptions prévues dans la directive révisée sur le détachement, les normes suisses relatives à la résiliation des rapports de travail restent applicables dans le cas du détachement d'un travailleur de Suisse dans l'UE, quelle que soit la durée du détachement.
- À l'heure actuelle, la loi suisse sur les travailleurs détachés (LDét) prévoit déjà que les entreprises détachant des travailleurs doivent respecter les conventions collectives de travail étendues et ce, dans tous les secteurs, pas seulement dans le bâtiment. La généralisation proposée n'aurait donc pas d'impact sur la LDét.
- La législation suisse sur les travailleurs détachés utilise déjà le terme de rémunération et non pas de salaire minimal, c'est pourquoi le changement de notion dans la directive de l'UE n'aurait aucun effet sur le droit suisse.

Les activités de location transfrontalière de services ne figurent pas dans l'ALCP et n'ont donc pas été libéralisées au sens de cet accord. Le droit suisse n'admet pas la location transfrontalière de services. L'amélioration de la situation de la main d'œuvre intérimaire offerte par la directive UE révisée ne s'appliquerait pas en Suisse et n'aurait donc pas d'incidences sur les mesures d'accompagnement.

Les différences fondamentales entre les systèmes d'exécution de l'UE et de la Suisse restent inchangées, même après la révision de la directive. En Suisse, le système d'exécution des conventions collectives de travail étendues, également en matière de détachement de travailleurs, se caractérise par le rôle important que jouent les partenaires sociaux. La directive sur le détachement de l'UE, en revanche, repose dans une large mesure sur la conception d'une mise en œuvre garantie par l'État. La Suisse accorde ainsi de grandes compétences d'exécution aux partenaires sociaux (en particulier sur le plan des sanctions), contrairement à l'UE.

Comparaison entre la législation européenne sur les travailleurs détachés et les mesures d'accompagnement : consultations de l'été 2018

Durant l'été 2018, les questions en suspens relatives aux mesures d'accompagnement ont fait l'objet d'une consultation auprès des associations d'employeurs, des conférences des gouvernements cantonaux et des directeurs de l'économie publique (CdC et CDEP). Les syndicats n'ont pas souhaité y participer. Cette consultation portait également sur les mesures d'accompagnement existantes et sur l'analyse de la législation européenne sur les travailleurs détachés. Les milieux consultés sont arrivés à la conclusion que la reprise du droit de l'UE aurait peu de conséquences impondérables, à condition que les éléments-clés du système suisse soient protégés. Ils ont entre autres estimé que même un délai d'annonce raccourci ne perdrait en principe rien de son efficacité, pour autant qu'il soit possible de mettre en place les adaptations nécessaires sur les plans technique et organisationnel.

C.3.3. Signification de la proposition de l'UE pour les mesures d'accompagnement

Dans sa proposition, l'UE demande que l'ensemble de la législation européenne relative au détachement de travailleurs soit repris dans l'ALCP. Une telle reprise entraînerait une modification de l'accord et partant, une révision de la législation suisse sur les travailleurs détachés, ainsi que d'autres bases légales et ordonnances relatives à l'assistance administrative et au système d'exécution. Ceci dit, l'UE reconnaît qu'à elle seule, la reprise du droit de l'UE ne permettrait pas de couvrir l'ensemble des besoins de protection suisses. Elle a donc proposé à la Suisse d'accepter une série d'instruments additionnels qui vont au-delà du dispositif prévu dans la législation européenne. Concrètement, l'UE propose de garantir dans l'accord les mesures essentielles suivantes :

1. la possibilité d'un délai d'annonce de quatre jours ouvrables par secteur, en fonction des analyses de risque (délai actuel de huit jours civils) ;
2. le dépôt d'une garantie financière pour les acteurs n'ayant pas déjà respecté leurs obligations financières (aujourd'hui, une obligation générale existe dans les secteurs appliquant une convention collective de travail étendue, laquelle prévoit le dépôt d'une garantie financière) ;
3. une obligation de documentation pour les indépendants.

Point 1 : la réduction du délai d'annonce devrait s'accompagner d'une modification de la procédure en ligne actuelle et d'une adaptation des processus. Concrètement, il faudrait vérifier, dans le but d'optimiser le processus d'annonce en ligne, la possibilité, entre autres, d'accélérer sensiblement la transmission des données aux organismes chargés de l'exécution. Une banque de données nationale des prestataires issus de l'UE pourrait par ailleurs faciliter les échanges entre la Confédération, les cantons et les organes de contrôle des commissions paritaires (CP), ce qui simplifierait le contrôle basé sur le risque. Cela permettrait en outre de vérifier s'il serait possible, grâce à l'usage d'intelligence artificielle, de détecter et de contrôler plus facilement les entreprises étrangères enregistrées sous des noms légèrement différents, ou celles qui déposent leur bilan pour se reconstituer peu de temps après. Pour les autres secteurs, la déclaration d'activité pourrait être exigée au plus tard au début des travaux.

Point 2 : les garanties financières ont été introduites pour répondre aux exigences des commissions paritaires relatives aux contributions aux frais d'exécution, aux pénalités contractuelles ainsi qu'au transfert des coûts des contrôles aux entreprises en infraction. Pour que l'obligation de dépôt de garantie, une fois modifiée, ne perde rien de son efficacité, il faudrait pouvoir s'assurer que les entreprises étrangères s'acquittent réellement de leurs obligations. Il serait donc nécessaire d'optimiser le processus d'annonce en ligne, afin que les entreprises fautives ne puissent pas s'inscrire sous un nouveau nom. De plus, il faudrait pouvoir imposer des sanctions en cas de non-paiement du dépôt de garantie (p. ex. introduction d'une interdiction de fournir des prestations).

Point 3 : en ce qui concerne les prestataires indépendants, la proposition de l'UE correspond à la réglementation suisse actuelle. Aucune modification de la législation ne serait donc nécessaire.

Une réglementation de droit international inscrite dans le protocole I de l'accord-cadre permettrait de donner un ancrage plus durable aux mesures ci-dessus. Il faut noter ici que l'UE propose de garantir les mesures qu'elle avait le plus critiquées précédemment mais de manière proportionnée.

Les autres mesures d'accompagnement sont dans l'ensemble comparables avec la législation européenne en vigueur (directive d'exécution et directive révisée concernant le détachement de travailleurs). Certes, elles ne seraient pas garanties par l'accord et resteraient soumises au développement du droit et à l'examen par le tribunal arbitral, mais la majorité d'entre elles, en substance très similaires aux mesures en vigueur dans l'UE, ne seraient pas remises en question sur le fond. Sur le plan formel, elles pourraient être adaptées unilatéralement de manière à conserver leur efficacité.

Outre le délai d'annonce, le dépôt d'une garantie financière et l'obligation de documentation pour les prestataires indépendants, l'UE a notamment remis en question le caractère proportionné des doubles sanctions (de droit civil et administratif). En droit suisse, la sanction administrative et de droit civil (« double sanction ») est licite et proportionnée. Si toutefois le tribunal arbitral devait la considérer comme disproportionnée, des mesures de remplacement nationales pourraient être prises. Les sanctions ont pour but de pénaliser ceux qui contreviennent aux règles. Elles ont également une finalité de dissuasion et de prévention. L'aspect préventif pourrait être garanti par le relèvement des sanctions administratives et par le renforcement des peines conventionnelles encourues.

Par ailleurs, l'UE accorde une grande importance d'une part à l'efficacité, et d'autre part à la proportionnalité ainsi qu'aux contrôles basés sur les risques. En outre, ces contrôles ne doivent pas être discriminatoires. À cet égard, l'UE a relevé à plusieurs reprises la fréquence élevée des contrôles imposés aux entreprises de l'Union détachant du personnel en Suisse, par rapport aux entreprises helvétiques. Le nombre de contrôles est en effet plus important auprès des entreprises européennes, mais la nature des inspections n'est pas comparable. En Suisse, les contrôles sont plus approfondis car ils portent sur l'ensemble de l'entreprise (pas seulement sur les dispositions salariales) et la période de contrôle est plus longue que pour les entreprises étrangères (2 ans en principe). Ces dernières années, l'exécution des mesures d'accompagnement a été davantage basée sur les risques. Ainsi, conformément à une stratégie de contrôle basée sur les risques, les contrôles ne sont plus effectués qu'une fois par an. La Suisse a dès lors déjà réalisé l'objectif de l'UE de mettre en place des contrôles proportionnés, basés sur le risque et non discriminatoires. Là aussi, il ne faut pas exclure que le tribunal arbitral puisse vérifier la légalité de la pratique helvétique si l'UE estime que les contrôles effectués par la Suisse ne satisfont pas aux exigences de proportionnalité.