



01 / 2019

Accord institutionnel Suisse-UE – questions et clarifications

14.01.2019

L'essentiel en bref

Le projet d'accord institutionnel entre l'UE et la Suisse couvre les accords d'accès au marché actuels. Il s'agit des cinq accords suivants: l'accord sur la libre circulation des personnes ainsi que ceux sur les transports terrestres, sur le trafic aérien, sur l'agriculture et sur les normes techniques. L'accord institutionnel s'appliquerait en outre à de futurs accords d'accès au marché. Un accord institutionnel est certes important pour les milieux économiques, mais il affecte un petit nombre d'accords bilatéraux.

Aux yeux d'economiesuisse, l'accord institutionnel doit permettre d'atteindre trois objectifs principaux:

1. Garantir l'accès actuel au marché intérieur de l'UE grâce aux accords bilatéraux.
2. Maintenir la possibilité d'un développement futur de la voie bilatérale avec de nouveaux accords.
3. Renforcer la sécurité juridique.

Des compromis sont nécessaires, comme c'est le cas pour tout processus de négociation. Il importe donc, lors de l'évaluation du présent projet, d'examiner de manière transparente non seulement l'atteinte des objectifs, mais également le prix à payer sous la forme de concessions.

La consultation de divers milieux en Suisse est réalisée dans une constellation particulière. Le Brexit est source d'incertitudes et représente une rupture dans l'histoire de l'intégration européenne. Le présent dossierpolitique aspire à contribuer au débat sur ces questions.

Contact et questions

Dr. Jan Atteslander

Membre de la direction, responsable du
département Économie extérieure

François Baur

Responsable Affaires européennes

Position d'economiesuisse

En ce qui concerne la consultation, economiesuisse s'intéresse tout particulièrement aux aspects suivants:

- Au vu de l'importance économique de la voie bilatérale pour la Suisse, le discours politique intérieur devrait se concentrer sur les questions institutionnelles et économiques.
- Les questions suivantes sont fondamentales: l'atteinte des objectifs, les concessions faites dans le processus de négociation ainsi que le développement du marché intérieur européen.
- Il faut discuter du contenu sur la base de la proposition actuelle. La phase de spéculation est terminée.

Projet d'accord institutionnel – contenu et questions principales

Structure de l'accord institutionnel

Le projet d'accord s'articule en plusieurs parties:

- Le **texte de l'accord** (art. 1 à 22)
- L'**annexe X** contenant des dispositions sectorielles concernant la réglementation des aides d'État en lien avec l'accord sur le trafic aérien.
- Le **protocole n° 1** qui a trait aux règles applicables pour tenir compte des conditions spécifiques du marché du travail suisse (mesures d'accompagnement ou FlaM).
- Le **protocole n° 2** qui a trait aux exceptions pour tenir compte des spécificités accordées entre les parties contractantes dans les domaines de la libre circulation des personnes (assurances sociales comprises), des transports terrestres et du commerce de produits agricoles.
- Le **protocole n° 3** qui établit la composition, les compétences et les procédures du tribunal arbitral.
- Trois **déclarations** relatives à la modernisation de l'accord de libre-échange de 1972, à la contribution au fonds de cohésion et à des dispositions concernant les aides d'État en lien avec l'accord sur le transport aérien. Tant l'annexe X que les protocoles font partie intégrante de l'accord. Quant aux déclarations, elles présentent surtout un intérêt politique.

La Suisse et l'UE sont d'accord sur le texte de l'accord à proprement parler, sur les protocoles n° 2 et 3 ainsi que sur le contenu des déclarations politiques. D'après le Conseil fédéral, les parties n'ont, par contre, pas réussi à se mettre d'accord en ce qui concerne les dispositions spécifiques relatives au marché du travail suisse (FlaM/protection des salaires). Si cela avait été le cas, ces questions auraient été intégrées au protocole n° 2.

Champ d'application et dénonciation

L'accord institutionnel ne concerne que les cinq accords d'accès au marché existants du premier volet des bilatérales: libre circulation des personnes, transports terrestres, transport aérien, obstacles techniques au commerce (ARM) et agriculture. Il s'appliquera également aux accords d'accès au marché à conclure entre la Suisse et l'UE (cf. art. 2), comme un accord sur l'électricité ou encore un accord de libre-échange actualisé (cf. explications politiques). Pour régler d'éventuels différends, le Comité mixte prévu dans l'accord de libre-échange sera habilité à saisir, d'un commun accord entre les parties contractantes, le tribunal arbitral établi par l'accord institutionnel.

L'accord institutionnel prend fin six mois après sa dénonciation par l'une des parties. Tous les accords d'accès au marché conclus après la conclusion de l'accord institutionnel deviendront simultanément caducs. Pour les accords d'accès au marché du premier volet des bilatérales, l'accord institutionnel prévoit un processus de consultation de trois mois pour permettre aux parties de s'accorder

sur la poursuite des accords. Si elles ne réussissent pas à trouver une solution, les accords concernés cessent également d'être applicables après un délai de six mois.

Questions en suspens

La limitation de la portée de l'accord institutionnel à cinq accords d'accès au marché est d'une importance considérable. Tous les accords bilatéraux conclus entre la Suisse et l'UE, au nombre de 140 environ, étaient en effet visés initialement. La réduction de ce nombre clarifie la situation politique intérieure, diminue le potentiel de litiges et garantit la sécurité du droit. S'agissant du risque de dénonciation des accords d'accès au marché couverts par l'accord institutionnel en cas de dénonciation de celui-ci, la question se pose de savoir si cette clause représente une détérioration en comparaison de la situation actuelle. Les accords bilatéraux I contiennent eux-mêmes déjà une clause guillotine. L'accord institutionnel se montre désormais plus souple: la proportionnalité des mesures de compensation prises par une partie en cas de non-respect par l'autre partie d'un des cinq accords d'accès au marché existants peut être examinée dans le cadre du mécanisme de règlement des différends.

Reprise dynamique du droit, interprétation et surveillance

La Suisse et l'UE se sont entendues sur une reprise dynamique des nouvelles dispositions européennes dans les accords d'accès au marché couverts par l'accord institutionnel. La Suisse disposera à chaque fois d'un délai de deux ans.

Contrairement à une reprise automatique du droit, une reprise dynamique respecte les processus démocratiques suisses de prise de décisions. En cas de référendum législatif, le délai est prolongé d'un an. La Suisse s'est de plus engagée à reprendre le droit européen pertinent dans le domaine des travailleurs détachés dans un délai de trois ans après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel, conformément à la proposition de l'UE dans le protocole n° 1. En contrepartie, elle sera systématiquement consultée, comme les États membres de l'UE, sur l'élaboration des développements pertinents du droit au sein de l'UE et pourra faire part activement de ses préoccupations dans le cadre du droit de participation («decision shaping»). Aujourd'hui déjà, la Suisse est associée aux développements du droit en lien avec l'accord sur les obstacles techniques au commerce.

Les exceptions à la reprise du droit européen sont énumérées dans les protocoles n° 1 et 2. Elles assurent le maintien des règles particulières entre la Suisse et l'UE. Pour la première fois, l'UE se montre notamment disposée à inscrire dans l'accord les mesures de la Suisse pour garantir et sécuriser ainsi le niveau de protection des salaires. L'offre de l'UE contient pour l'essentiel la possibilité d'un délai d'annonce préalable (de quatre jours ouvrables de travail au lieu de huit jours actuellement et sur la base d'une analyse des risques), le dépôt d'une garantie financière et une obligation de documentation pour les indépendants.

La Suisse et l'UE interprètent les accords bilatéraux de manière autonome («dans le respect des principes du droit international public»), mais aussi homogène que possible (cf. art. 4). Le droit de l'UE repris dans les accords est interprété conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

(CJUE), antérieure ou postérieure à l'entrée en force de l'accord institutionnel. Pour ce qui est de la surveillance de l'application des accords, le modèle à deux piliers que connaît déjà l'EEE s'appliquera: la Suisse et l'UE sont chacune responsables de l'application correcte des accords sur leur territoire respectif.

Questions en suspens

L'engagement à reprendre des développements du droit dans le domaine des accords d'accès au marché peut être perçu comme une limitation de la marge de manœuvre de la Suisse. Il faut toutefois examiner de manière plus approfondie si cette limitation est aussi pertinente dans les faits. Conjugée au travail du tribunal arbitral, la reprise du droit devrait entraîner, en premier lieu, une harmonisation dépolitisée du droit. Aujourd'hui, la Commission européenne peut par exemple retarder ou bloquer l'adaptation de l'accord relatif à la reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité. Grâce à la reprise dynamique du droit, cela ne sera en principe plus possible, ou alors la Suisse pourrait porter une telle affaire devant le tribunal arbitral. Tout ceci renforcera donc la sécurité du droit pour les entreprises.

Il convient également de se demander si les processus démocratiques suisses de prise de décision sont respectés dans le cadre d'une reprise dynamique du droit. Les délais prévus le permettent en tout cas. Selon l'accord institutionnel, la Suisse dispose d'un délai de deux ans pour intégrer le droit de l'UE dans sa législation, qui peut être prolongé d'un an en cas de référendum. Aujourd'hui déjà, la reprise automatique du droit ancrée dans l'accord sur le transport aérien n'a entraîné aucun problème d'aucune sorte au niveau du processus législatif suisse depuis l'entrée en vigueur de cet accord en 2002.

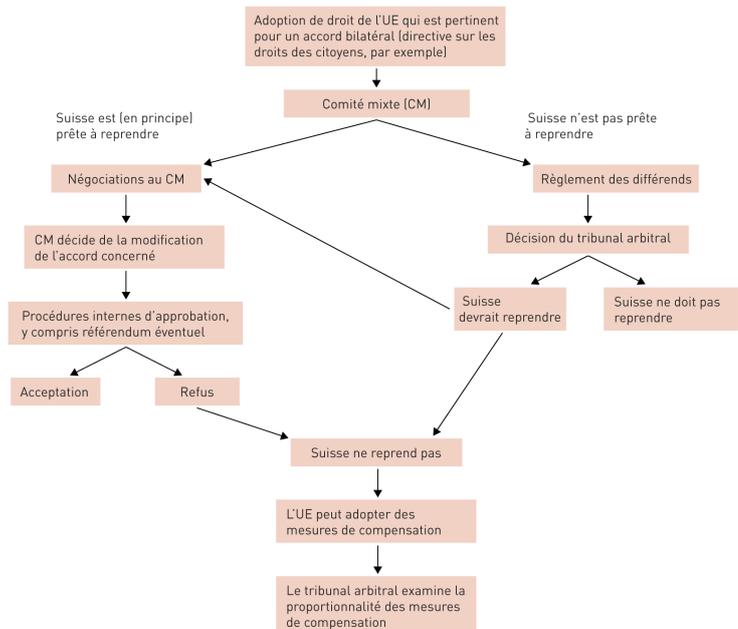
L'évaluation de l'accord institutionnel ne doit pas oublier non plus que la Suisse sera à l'avenir systématiquement consultée sur l'élaboration des développements pertinents du droit de l'UE, ce qui lui permettra de faire part de ses préoccupations à un stade précoce («decision shaping») et que des représentants suisses pourront prendre part à la mise en œuvre des règles de l'UE dans des comités de l'UE (comitologie). Il convient en outre de saluer le fait que l'UE ne remet pas en question l'immense majorité des exceptions existant dans les accords bilatéraux I à la reprise dynamique du droit. Que la Suisse n'ait pas pu obtenir une pleine exemption des mesures d'accompagnement de la reprise dynamique du droit ne correspond pas à la ligne rouge tracée par le Conseil fédéral dans le mandat de négociation. Qui plus est, l'importance des travailleurs détachés sur le niveau des salaires en Suisse ne devrait pas être surestimée. Seule une appréciation adéquate de cette question dans sa globalité permettra de poursuivre la voie bilatérale.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'UE n'établit plus de distinction entre marché intérieur, justice et affaires intérieures et affaires étrangères. Les directives et les règlements européens peuvent donc aussi contenir des règles qui n'intéressent pas le marché intérieur et les accords pertinents d'accès au marché. La Suisse devra veiller à exclure leur application lors de la reprise du droit. La pertinence de diverses règles dans un acte juridique de l'UE pour le marché intérieur (que la Suisse doit donc reprendre obligatoirement si le champ d'application des cinq

accords est concerné) peut aussi être évaluée par le tribunal arbitral. Il y a lieu d'examiner de surcroît ici si la limitation aux accords bilatéraux I et aux futurs accords d'accès au marché ne fait déjà pas juridiquement obstacle à un débordement potentiel du champ d'application.

Figure 1

Développement dynamique du droit



Source : DFAE 2018
www.economiesuisse.ch

Règlement des différends

En cas de différend, par exemple au sujet de la reprise du droit, le Comité mixte tente de trouver une solution mutuellement acceptable dans un délai de trois mois. Si aucune solution n'est trouvée, chaque partie peut demander la constitution d'un tribunal arbitral paritaire (cf. art. 10 et protocole n° 3). Si le tribunal arbitral décide que le différend soulève une question concernant le droit de l'UE, le tribunal arbitral saisit la CJUE et est lié par l'interprétation de celle-ci, de manière similaire à une procédure préjudicielle. La décision rendue par le tribunal arbitral est définitive et contraignante. Si la partie ayant succombé ne met pas en œuvre la décision, l'autre partie peut prendre des mesures de compensation. Ces mesures peuvent à leur tour être contestées devant le tribunal arbitral qui en examinera la proportionnalité.

La CJUE doit encore approuver la réglementation sur le tribunal arbitral prévue dans l'accord institutionnel au sujet du rôle qui lui est dévolu.

Questions en suspens

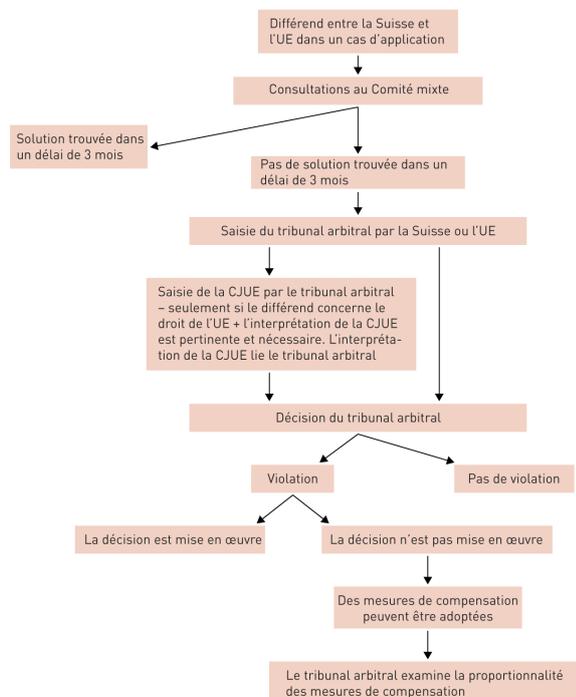
La question centrale qui se pose à propos de la procédure d'arbitrage est de savoir si elle améliore la position de la Suisse. Le mécanisme sur lequel les parties se sont

entendues pour régler les différends permet à la Suisse de disposer d'un instrument pour faire valoir efficacement ses intérêts en lien avec les accords d'accès au marché concernés. La sécurité du droit s'en trouve renforcée. Jusqu'à présent, cela n'était pas possible sans une solution mutuellement acceptable au sein du Comité mixte compétent. L'examen de la proportionnalité des mesures de compensation au cas où la décision du tribunal arbitral ne serait pas mise en œuvre est également important. Les mesures de compensation peuvent aller au maximum jusqu'à la suspension des accords. Une résiliation est exclue. Une suspension d'accords entiers par l'UE ne pourrait guère être jugée proportionnelle dans le cas où la Suisse ne voudrait pas reprendre certains développements du droit de l'UE. Il est dans la nature des choses que l'intervention d'un tribunal arbitral soit vue par beaucoup comme une atteinte à la souveraineté nationale. Cet aspect doit être discuté soigneusement. Sur la base d'une première évaluation, le tribunal arbitral paritaire est toutefois conforme aux principes usuels du droit international public. La Suisse a prévu de telles procédures arbitrales dans de nombreux accords.

Une question contestée concerne la partialité supposée de la CJUE. Une analyse ^[1] de tous les arrêts de la CJUE ayant nécessité une interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE montre que la Cour de justice fait preuve d'objectivité et d'impartialité et qu'elle ne donne pas systématiquement tort à la Suisse ou aux personnes ou entreprises qui invoquent à l'appui de leurs recours les droits (d'accès au marché) garantis par un accord. Il est clair que seule une procédure arbitrale politiquement indépendante sera acceptée par les deux parties.

Figure 2

Procédure de règlement des différends dans un cas d'application



Aides d'État

Pour soumettre les entreprises suisses et celles de l'UE à des conditions identiques («level playing field») et ne pas fausser la concurrence sur le marché intérieur, l'accord institutionnel contient des principes qui règlent l'attribution des aides d'État (cf. art. 8A, 8B, 8C). Les dispositions en la matière s'appliquent à l'accord sur le transport aérien en vigueur et à tous les accords d'accès au marché à venir (accord sur l'électricité, par exemple). Elles ne sont juridiquement contraignantes et donc judiciairement exécutoires qu'en lien avec des dispositions sectorielles contenues dans les différents accords d'accès au marché. Des exceptions à l'interdiction des aides d'État sont explicitement prévues dans l'accord institutionnel et citées en partie concrètement (cf. art. 8, paragr. 2, let. b). En font partie par exemple les aides destinées à favoriser le développement de régions économiquement défavorisées ou à promouvoir la réalisation de projets importants servant l'intérêt d'un pays.

La Suisse et l'UE surveillent chacune le respect de ces principes de manière autonome. Leurs autorités de surveillance respectives sont indépendantes l'une de l'autre et leur système de fonctionnement est basé sur le principe de l'équivalence (modèle à deux piliers). Une autorité peut par exemple ordonner le recouvrement d'aides d'État accordées à des entreprises en violation des règles en la matière ou autoriser des aides prévues. En outre, des échanges réguliers et transparents d'informations sont prévus entre les deux autorités de surveillance.

Pour ce qui est de l'actuel accord sur le transport aérien, des dispositions spécifiques de droit européen régissant les aides d'État et applicables à la Suisse aussi dans le futur figurent dans l'annexe X.

Questions en suspens

L'annexe X reflète le développement du droit européen sur les aides d'État depuis la conclusion de l'accord sur le transport aérien de 1999, qui est ainsi porté au niveau actuel de la législation européenne. Malgré la liste détaillée des dispositions, il convient de distinguer les conséquences théoriquement possibles des effets à attendre dans la pratique. En théorie, par exemple, les banques cantonales pourraient être touchées par la «Communication concernant le secteur bancaire» dans le cadre de l'accord sur le transport aérien. Mais elles ne seraient concernées que de manière très limitée; tel serait le cas par exemple lorsqu'une banque cantonale au bénéfice d'une garantie d'État accorde un crédit à une compagnie aérienne (et non à des infrastructures) dont les services tombent dans le champ d'application de l'accord sur le transport aérien.

Quatre conclusions peuvent néanmoins déjà être tirées à ce stade: 1) les principes prévoient aussi des exceptions à l'interdiction des aides d'État; 2) les règles sur les aides d'État non couvertes par un accord sectoriel, tel l'accord sur le transport aérien, ne s'appliquent qu'aux futurs accords d'accès au marché; 3) l'indépendance de la surveillance du respect des règles sur les aides d'État a pu être préservée dans l'accord institutionnel. L'UE ne dispose d'aucune compétence souveraine pour surveiller la Suisse; 4) du point de vue de l'économie, une plus grande transparence sur les subventions et les aides d'État est absolument souhaitable en Suisse, et ce

pour des raisons de politique intérieure.

Il n'en reste pas moins qu'une analyse approfondie des principes contenus dans l'accord institutionnel s'impose pour pouvoir apprécier leur effet sur le droit suisse des subventions et le système fédéral suisse. Elle doit être menée compte tenu en particulier aussi du fait que l'accord institutionnel ^[2] s'appliquera aussi à un accord de libre-échange modernisé. Les analyses ^[3] commandées par les cantons en 2017 sur les règles applicables aux aides d'État ne s'appuient pas sur le texte de l'accord à présent disponible et nécessitent donc un nouvel examen juridique.

Explications politiques

Dans une déclaration conjointe juridiquement non contraignante, la Suisse et l'UE affirment qu'il convient de moderniser l'accord de libre-échange de 1972. Cette modernisation vise notamment les domaines suivants: l'accès au marché des biens et services, les modalités d'application des mesures de défense commerciale, la simplification des procédures douanières et des règles d'origine, la protection de la propriété intellectuelle ou encore l'amélioration des mécanismes de reconnaissance mutuelle en matière d'évaluation de la conformité. Si les deux parties le souhaitent, il sera aussi possible de recourir au mécanisme de règlement des différends dès la conclusion de l'accord institutionnel.

Les parties soulignent par ailleurs l'importance de la contribution de la Suisse à l'UE élargie et annoncent l'intégration de l'annexe X sur les aides d'État dans l'accord sur le transport aérien.

Questions en suspens

La modernisation annoncée de l'actuel accord de libre-échange est un signal important pour l'économie. De plus amples clarifications sont ici toutefois nécessaires de part et d'autre sur la direction générale de la modernisation.

Autres thèmes centraux

Directive sur la citoyenneté européenne

L'accord ne fait pas mention de la directive sur la citoyenneté européenne. Ce qui pourrait laisser supposer que l'UE exigera ultérieurement la reprise de la directive par la Suisse pour adapter l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) aux développements du droit européen. Rien n'est moins sûr. Quand l'ALCP a été conclu, le concept de la citoyenneté européenne existait déjà, mais n'a volontairement pas été repris. L'annexe 1 de l'ALCP énumère certes des directives qui ont été remplacées depuis par la directive sur la citoyenneté européenne. Par conséquent, on peut admettre que seules des parties de ladite directive sont concernées par la reprise dynamique du droit, et que d'autres ne le sont pas ^[4]. Les domaines à reprendre doivent avoir un lien concret avec le marché intérieur. Pour le reste, l'accord institutionnel ne contient aucune disposition qui obligerait la Suisse à reprendre la directive. Ces domaines concrets feront l'objet de négociations, et pourraient être clarifiés ^[5]. Si bien qu'on peut supposer par exemple que le droit de vote et d'éligibilité accordé par la directive aux ressortissants d'un État membre lors des élections municipales dans la commune qui tient lieu de domicile principal ne

devrait pas être repris. D'un point de vue matériel, les différences entre la directive sur la citoyenneté européenne et l'ALCP sont surestimées. Concernant le droit de séjour des citoyens de l'UE et leur droit à des prestations d'assurance sociale jusqu'à cinq ans, la situation juridique dans l'UE et en Suisse est comparable: le droit de séjour et le droit à des prestations sociales sont subordonnés à un contrat de travail existant. La CJUE accorde aux États membres une large marge de manœuvre pour traiter les demandes de prestations sociales émanant de ressortissants économiquement inactifs d'un autre État membre et éviter ainsi une immigration dans leurs systèmes sociaux.

Aide sociale et directive sur la citoyenneté européenne: jurisprudence de la CJUE

Pas d'immigration dans les systèmes sociaux

Un État membre doit avoir la possibilité de refuser^[6] l'octroi de prestations sociales à des citoyens de l'Union économiquement inactifs qui exercent leur liberté de circuler dans le seul but d'obtenir le bénéfice de l'aide sociale d'un autre État membre, a jugé la CJUE par arrêt du 11 novembre 2014.

Dans cette affaire, la Cour a confirmé une décision du Jobcenter de Leipzig, qui avait refusé d'octroyer des prestations de l'assurance de base^[7] à une ressortissante de Roumanie et à son fils. En se fondant sur la directive sur la citoyenneté européenne^[8], la CJUE a arrêté que des citoyens européens, économiquement non actifs, ne peuvent séjourner légalement dans un autre État membre que s'ils disposent de ressources suffisantes pendant les cinq premières années. Le but de cette règle est d'éviter que des citoyens économiquement inactifs sollicitent le système de la sécurité sociale de l'État d'accueil pour subvenir à leurs besoins.

Par arrêt du 15 septembre 2015, la Cour a jugé que dans le cas de citoyens européens à la recherche d'un emploi aussi, il est possible, dans certaines circonstances, de refuser le versement de prestations sociales même si celles-ci sont dues^[9] à des ressortissants de l'État membre d'accueil.

Aujourd'hui déjà, les ressortissants des États membres de l'UE/AELE^[10] reçoivent une autorisation d'établissement après un séjour de cinq ans en Suisse, conformément à la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) et aux accords bilatéraux. Avec la reprise de la directive sur la citoyenneté européenne, ce droit serait étendu à tous les autres États membres de l'UE. Les conséquences de cet élargissement devraient être néanmoins contenues, car les ressortissants des pays voisins (Allemagne, France, Italie et Autriche), qui forment les plus gros contingents d'immigrés, sont déjà autorisés à s'établir en Suisse en vertu des accords qui ont été conclus avec leur pays.

Il n'est pas possible pour l'heure d'apprécier définitivement si l'expulsion de criminels ressortissants d'un État membre de l'UE pourrait, le cas échéant, être rendue plus difficile du fait de la reprise de la directive sur la citoyenneté

européenne. Pour mettre en œuvre l'initiative sur le renvoi, la Suisse a durci sa pratique, avec pour conséquence que des citoyens de l'UE peuvent perdre leur permis de séjour ou leur droit d'établissement en Suisse après une condamnation à une peine privative de liberté de plus d'un an^[11]. Selon la directive sur la citoyenneté européenne, l'éloignement du territoire d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille qui ont acquis un droit de séjour permanent est interdit, sauf pour des motifs graves d'ordre public ou de sécurité publique^[12]. De premiers arrêts^[13] du Tribunal fédéral sur le renvoi de citoyens européens et l'application de la règle sur les cas de rigueur indiquent que la pratique de la Suisse devrait se situer à l'intérieur de la marge d'appréciation octroyée aux États membres de l'UE.

Détachement des travailleurs contre mesures d'accompagnement

Le protocole n° 1 prévoit que la Suisse mette en œuvre la directive 2018/957 sur le détachement des travailleurs étrangers et la directive 2014/67 sur le contrôle de l'application dans les trois ans suivant l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel. Les modalités exactes de la mise en œuvre doivent encore être clarifiées par le biais de négociations. Ainsi, la directive sur les travailleurs détachés autorise un détachement de douze mois dans l'UE, alors que les prestations de services des entreprises étrangères en Suisse – et donc, le détachement – sont limitées à 90 jours par an. Lors de la reprise par la Suisse de la directive sur les travailleurs détachés, celle-ci devrait donc être adaptée ou limitée en conséquence.

Dans ce contexte, il est important de relever que l'UE accepte pour la première fois des exceptions à l'acquis communautaire. Et ceci en contrepartie de la reprise dynamique de droits prévus dans le cadre de la libre circulation des personnes. L'accord institutionnel prévoit ainsi les règles suivantes:

- une période d'application de quatre jours ouvrables sur la base d'une analyse des risques objective et sectorielle,
- l'obligation de dépôt pour les entreprises qui n'ont pas respecté leurs obligations financières dans le passé, et
- des mesures de lutte contre le travail de faux indépendants.

Dans son offre, l'UE propose de préserver les mesures suisses qui ne sont pas couvertes par le droit communautaire actuel. Les autres mesures d'accompagnement existantes peuvent être largement comparées à la législation actuelle de l'UE (en particulier la directive révisée sur les travailleurs détachés). Elles ne seraient toutefois pas garanties par l'accord institutionnel et seraient donc soumises aux développements juridiques ou au mécanisme de règlement des différends. Sur le plan du contenu, toutefois, celles-ci sont équivalentes aux mesures en vigueur dans l'UE et le salaire de base n'est donc pas menacé. De plus, la Suisse peut continuer de prendre des mesures d'accompagnement pour garantir le principe «à travail égal, salaire égal». Elle peut le faire à condition que les nouvelles règles soient compatibles, non discriminatoires et proportionnées avec la directive sur les travailleurs détachés et la directive d'application de ces droits^[14].

Les syndicats s'opposent à des ajustements des mesures d'accompagnement au motif que sans elles, le niveau des salaires en Suisse s'effondrerait sur un large front. Toutefois, l'ensemble des études^[15] ont démontré uniquement des effets

mineurs de la libre circulation des personnes sur le niveau des salaires en Suisse. Selon les calculs d'*Avenir Suisse*, les prestations de courts séjours en Suisse ne représentent que 0,7% de l'emploi total. L'impact négatif correspondant sur le niveau des salaires en Suisse devrait donc être nettement inférieur à ce que prétendent les milieux syndicaux. D'ailleurs, depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP en Suisse, on peut dire que même les salaires les plus bas ont augmenté.

Figure 3

Le niveau des salaires en Suisse n'est pour ainsi dire pas menacé par les séjours de courte durée

► Nombre de travailleurs titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée (équivalents temps plein)



Source : Seco/Avenir Suisse 2017
www.economiesuisse.ch

Assurances sociales

L'UE révisé actuellement son règlement portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale 883/2004. Celui-ci fait partie intégrante de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) (annexe 2) et règle la coordination des droits sociaux des travailleurs amenés à travailler dans différents pays d'Europe connaissant la libre circulation des personnes. Un point essentiel concerne le changement de compétence en matière de versement des prestations d'assurance de chômage aux travailleurs frontaliers. La Suisse, qui compte 320 000 travailleurs frontaliers, est très affectée par ce phénomène. C'est la raison pour laquelle elle souhaitait que les assurances sociales ne soient pas tenues de reprendre les développements dynamiques du droit, ce que l'UE a refusé. La révision n'étant pas encore sous toit, l'accord institutionnel ne mentionne pas la coordination des assurances sociales. Les négociations en vue de la reprise du règlement révisé dans l'accord sur la libre circulation des personnes pourraient démarrer^[16] en 2020. En lien avec ce changement de système, la Suisse doit s'attendre à des coûts supplémentaires se chiffrant en centaines de millions^[17] de francs. Si cela s'avère, il faudra s'attendre à une hausse des cotisations de chômage, à moyen terme, pour préserver l'équilibre financier de cette assurance.

Le changement des compétences en ce qui concerne les prestations de chômage en faveur de travailleurs frontaliers constituera un point important des négociations sur les relations entre la Suisse et l'UE, et ce indépendamment des négociations sur un accord-cadre.

Questions en suspens sur les autres thèmes centraux

Des questions importantes subsistent également en lien avec la directive sur la citoyenneté européenne, les mesures d'accompagnement et les assurances sociales. Aussi faut-il évaluer les effets d'un développement prévisible des accords dans ces trois domaines. Ceux-ci dépendent d'une part des négociations et d'autre part de la portée juridique de l'accord institutionnel. À titre d'exemple, on ignore, dans le domaine de la directive sur la citoyenneté européenne, quelles parties seront effectivement reprises par la Suisse.

Les parties contractantes sont d'accord en ce qui concerne la nécessité de maintenir la protection des travailleurs. Les objectifs visés par les mesures d'accompagnement, soit empêcher le dumping salarial et préserver le niveau des salaires suisses, sont incontestés. Encore faut-il évaluer correctement l'importance sociale et économique de ces objectifs. Sachant que la performance économique globale des travailleurs détachés représente 0,7% en moyenne, l'impact d'éventuelles adaptations des mesures de protection doit être examiné en regard de l'importance économique de la voie bilatérale. C'est sur cette base qu'il s'agira ensuite de trouver des solutions. Il est bien plus important d'évaluer l'intervention [18] que représente la reprise, également obligatoire, de la directive d'exécution [19] dans l'autonomie tarifaire des partenaires sociaux. Les parties doivent clarifier cela avant de signer l'accord institutionnel et peut-être aussi préciser officiellement que la directive relative aux travailleurs détachés et la directive d'exécution ne restreignent pas le système des contrôles paritaires des partenaires sociaux suisses (compétence de surveiller et de sanctionner). Cela améliorerait sensiblement l'acceptation, en Suisse, de l'accord institutionnel.

Des questions similaires se posent dans le domaine des assurances sociales. Les éventuels coûts salariaux doivent être évalués de manière globale. Il faut également reconsidérer les développements possibles de la réglementation. Les mesures de l'UE contre le dumping salarial se sont en effet rapprochées des règles suisses – une évolution similaire n'est pas exclue dans le domaine des assurances sociales.

Conclusion intermédiaire sur l'accord institutionnel

Dans l'ensemble, on peut dire que, dans de nombreux domaines, le résultat des négociations correspond au mandat de négociation. Ce n'est pas le cas pour ce qui concerne l'ALCP. Cela dit, les conséquences que peut avoir une directive sur la citoyenneté européenne sur le droit suisse actuel sont probablement surestimées. À y regarder de plus près, depuis la révision de la directive sur les travailleurs détachés, les différences entre la réglementation européenne et la législation suisse sont bien plus faibles que supposé. Compte tenu de la faible proportion de travailleurs détachés et sur la base d'un grand nombre d'études, on ne s'attend pas non plus à une chute des revenus suisses.

En ce qui concerne la reprise dynamique du droit européen, il faut veiller à ce que l'obligation de reprise ne concerne que les développements de l'acquis communautaire relatifs à un accord d'accès au marché et non des législations nouvelles sans rapport avec le cœur de l'accord. Par ailleurs, la Suisse doit veiller à reprendre uniquement des prescriptions pertinentes pour la participation au marché communautaire et à exclure les prescriptions ne faisant pas partie de la législation relative au marché communautaire (prescriptions concernant les relations de la Suisse avec un État tiers, par exemple).

Le débat politique gagnerait en objectivité si les points ci-après notamment étaient précisés avant la décision du Conseil fédéral:

- Clarifier (éventuellement sous la forme d'une déclaration unilatérale de la Suisse) que seul l'acquis communautaire ayant trait au marché intérieur et dans le cadre des accords d'accès au marché couverts est visé par l'obligation de reprise dynamique faite à la Suisse, également en lien avec une reprise future de la directive sur la citoyenneté européenne par la Suisse.
- Analyser minutieusement les principes relatifs aux aides d'État figurant dans l'accord institutionnel afin de pouvoir évaluer leurs conséquences sur la législation suisse en matière de subventions et sur le droit fédéral, en particulier en ce qui concerne l'application future de l'accord institutionnel à l'accord de libre-échange.
- Clarifier avant la signature (éventuellement dans le cadre d'une mise au point officielle entre les parties contractantes aux fins de garantie contraignante) que la directive sur les travailleurs détachés et la directive d'exécution ne restreignent pas le système des contrôles paritaires (compétences de surveiller et de sanctionner).

Il importe de préciser que cette liste n'est pas exhaustive.

Positionnement et processus de décision chez economiesuisse

economiesuisse soutient les négociations en vue d'un accord-cadre institutionnel visant à atteindre principalement trois objectifs:

1. Garantir l'accès actuel au marché intérieur de l'UE grâce aux accords bilatéraux.
Explications: Le degré d'intégration actuel peut-être maintenu à condition d'adapter à temps les cinq accords. L'UE a signalé à plusieurs reprises qu'elle ne souhaite plus procéder à des négociations individuelles mais mettre en place un accord institutionnel. Faute d'adaptation des cinq accords, leur contenu perdrait sa validité et le degré d'intégration s'éroderait de plus en plus.

2. Maintenir la possibilité d'un développement futur de la voie bilatérale avec de nouveaux accords.

Explications: Les développements dynamiques résultant des changements technologiques, de la mondialisation, de la numérisation ou d'évolutions sociales rendront nécessaires de nouveaux accords entre la Suisse et l'UE. Adopter des réglementations transfrontières et coopérer est intéressant en matière d'approvisionnement électrique, de recherche, de services bancaires, mais aussi pour les échanges de données et la blockchain. Sans accord institutionnel, la Suisse ne pourra guère conclure d'autres accords d'accès au marché.

3. Renforcer la sécurité juridique.

Explications: En cas de conflit avec l'UE ou avec un de ses États membres sur un point entrant dans le champ d'application d'un des cinq accords, la Suisse peut actuellement défendre ses intérêts uniquement via des négociations et est de ce fait tributaire de la bonne volonté de ses partenaires. Dans l'éventualité d'une procédure de règlement des différends telle que prévue par l'accord institutionnel, la Suisse disposerait d'un nouvel instrument juridique pour faire valoir ses intérêts.

En cas d'adoption de l'accord institutionnel, la Suisse sera-t-elle mieux positionnée ou moins bien?

En ce qui concerne l'évaluation du projet, la question peut être réduite à cette question binaire: en cas d'adoption de l'accord institutionnel, la Suisse sera-t-elle mieux positionnée, ou moins bien? Les développements à venir devront également faire l'objet d'une évaluation. Si on admet que le statu quo sans accord institutionnel ne peut pas être maintenu, alors l'accord devient intéressant pour la Suisse. Dans l'éventualité d'une forte érosion des accords bilatéraux actuels, la voie bilatérale sans accord institutionnel perdrait de sa valeur. On ne serait plus dans un rapport de force où l'UE fait des «piqûres» à la Suisse, mais face à une évolution susceptible d'occasionner des dommages considérables à la place économique suisse. Il est difficile d'évaluer la probabilité de ces scénarios, car il y a beaucoup d'incertitudes. À cela s'ajoute que, après le Brexit, l'UE connaîtra des changements institutionnels. Il faut s'attendre à des adaptations politiques – dans le droit des assurances sociales, par exemple.

Au vu des conflits escomptés, on peut se demander quelle est la position de la Suisse pour négocier. En cas de refus de l'accord institutionnel, la question des mesures d'accompagnement ne sera pas réglée ni celles de la reprise d'éléments de la directive européenne sur la citoyenneté ou de l'adaptation de l'ordonnance sur la coordination des assurances sociales 883/2004 à la législation européenne exigées par l'UE. L'UE maintiendra ses exigences. La question qui se pose est donc celle de savoir si la Suisse est mieux placée pour négocier avec ou sans accord institutionnel. On peut imaginer qu'une procédure de règlement des différends n'aboutirait pas à une décision obligeant la Suisse à reprendre intégralement la directive européenne sur la citoyenneté. Plus un tel résultat est probable, plus l'accord institutionnel renforce la position de la Suisse dans l'éventualité de négociations en vue d'une adaptation de l'ALCP. En outre, les mesures de l'UE devraient être proportionnées au cas où la Suisse refuserait d'accepter d'autres développements en dépit d'une décision arbitrale correspondante, et leur proportionnalité pourrait être contrôlée par le tribunal arbitral.

Figure 4

Autres critères en vue de l'évaluation du projet d'accord institutionnel

Critères	Évaluation
Possibilité de prévoir des exceptions pour les mesures d'accompagnement, pas de mesures d'accompagnement supplémentaires en Suisse	Satisfait en partie : L'obligation de s'annoncer est maintenue, mais raccourcie de huit jours à quatre jours. Une caution est prévue uniquement en présence d'un risque accru. Les autres mesures d'accompagnement ne sont pas garanties contractuellement, mais correspondent largement aux mesures de l'UE ; des mesures d'accompagnement supplémentaires sont possibles si de nouvelles situations à risque surviennent et si les mesures envisagées sont proportionnées et non discriminatoires.
Le droit suisse du travail n'est pas menacé par l'acquis communautaire futur.	Pas satisfait : La reprise de la directive sur les travailleurs détachés et de la directive d'exécution affecte le droit du travail suisse. De facto, les accords bilatéraux I sont déjà régulièrement mis à jour. En outre, l'UE, elle-même, subit souvent des pressions politiques en vue d'une mise à jour (en lien avec la directive sur les droits des citoyens, par exemple).
Maintien des exceptions pour les transports terrestres (RPLP, 40 tonnes)	Satisfait
Définition exacte de l'exigence d'homogénéité ; reprise dynamique du droit limitée au cœur des accords	Satisfait, puisque l'accord institutionnel ne couvre que cinq accords d'accès au marché. Le contenu devra être examiné par chaque partie.
L'«équivalence» doit rester possible.	Satisfait
La Suisse reste libre d'organiser ses relations économiques avec des États tiers comme elle l'entend.	Satisfait
Pas de surveillance ni d'examen des pratiques suisses par l'UE	Satisfait
Règlement des différends : on distingue le droit bilatéral de l'acquis.	Satisfait : Le système en deux étapes du règlement des différends prévoit cette distinction.
Le droit fiscal est exclu explicitement.	Satisfait indirectement du fait que l'accord ne couvre plus que cinq accords.

Source : economiesuisse 2019
www.economiesuisse.ch

En janvier 2019, les organes d'economiesuisse évalueront le projet d'accord institutionnel en fonction de l'atteinte des trois objectifs et d'autres critères. La vision globale des aspects institutionnels et économiques sera déterminante.

1. MATTHIAS OESCH/GABRIEL SPECK: Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz-EU und der EUGH, dans Astrid Epiney/Lena Hehemann (éditeurs), *Annuaire suisse de droit européen 2016/2017*, pp. 257–273
2. L'art. 23, al. 1, let. iii, en particulier, dispose que toute aide publique qui fausse ou qui menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions sont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord de libre-échange de 1972.
3. PHILIPP ZURKINDEN: Beihilfenkontrolle im Verhältnis Schweiz/EU, *Mémorandum sur mandat de la CdC du 30 septembre 2017*; SIMON HIRSBRUNNER, Über die Folgen einer möglichen Übernahme des Verbots staatlicher Beihilfen der EU durch die Schweiz, *rapport sur mandat de la CdC du 9 octobre 2017*
4. Cf. à ce sujet: ASTRID EPINAY, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, dans: *Jusletter 17*, décembre 2018, p. 11 ss.
5. Même si l'EEE n'a pas repris la citoyenneté européenne, la directive de 2008 a été transférée dans l'acquis de l'EEE, mais avec certaines exceptions qui demandent d'être interprétées. Cf. CHRISTA TOBLER, *Personenfreizügigkeit mit und ohne Unionsbürgerrichtlinie – Reise- und Aufenthaltsrechte im Ankara-Abkommen, dem FZA Schweiz-EU und dem EWR-Recht*, dans Astrid Epiney/Lena Hehemann (éditeurs), *Annuaire suisse de droit européen 2017/2018*, Zurich/Berne 2018, p. 438 ss.
6. Arrêt dans l'affaire C-333/13, Elisabeta Dano, Florin Dano contre Jobcenter Leipzig
7. À savoir, la prestation de subsistance pour la mère et l'allocation sociale pour le fils, ainsi que la participation aux frais d'hébergement et de chauffage
8. Directive 2004/38/CE, L 158/77 ss.
9. Arrêt dans l'affaire C-67/14, Jobcenter Berlin Neukölln contre Nazifa, Sonita, Valentina et Valentino Alimanovic
10. Belgique, Danemark, Allemagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Suède, Espagne, Royaume Uni
11. [art. 62, let. b, LEI / art. 63, al. 1, let. a, LEI, en lien avec l'art. 62, let. b, LEI].
12. Art. 28, paragr. 2, directive 2004/38
13. Arrêt du TF du 1er novembre 2018 (6B 235/2018) et du 23 novembre 2018 (6B_209/2018)
14. Lire à ce sujet ASTRID EPINEY, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, dans: *Jusletter 17*, décembre 2018, p. 13 ss.
15. Le SECO a publié une bibliographie complète avec les études pertinentes sur l'immigration en Suisse en relation avec le marché du travail:
https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Arbeit/Personenfreizuegigkeit/Observatorium/literaturliste_observatoire.pdf.download.pdf/Literatur%20Observatoire%20d.pdf
16. En 2015, les travailleurs frontaliers de l'UE ont payé 418 millions de francs au titre des cotisations à l'assurance chômage suisse, tandis que la Suisse a versé 193 millions de francs de prestations d'assurance chômage en faveur des États membres de l'UE. Quelque 120 000 citoyens suisses vivant dans l'UE ont accès aux assurances sociales européennes.
17. Selon Cornelia Lüthy, vice-directrice du Secrétariat d'État aux migrations (SEM) dans «Der Bund», le 22.6.2018 (<https://www.derbund.ch/schweiz/standard/die-schweiz-soll-zahlen/story/21799437>).
18. D'après l'art.1, al. 2, la directive d'exécution ne restreint pas le droit de négocier, de conclure et d'appliquer des accords tarifaires ainsi que de prendre des mesures collectives, en conformité avec le droit national et les pratiques nationales.
19. Directive 2014/67/EU relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur