

Berne, 14.5.2019

RECOMMANDE

Au Conseil fédéral suisse
Palais fédéral
3003 Berne

Accord-cadre institutionnel Suisse-UE

Monsieur le Président de la Confédération,
Mesdames les Conseillères fédérales, Messieurs les Conseillers fédéraux

L'Association « La Suisse en Europe » prône le paraphe immédiat et la signature de l'accord-cadre institutionnel Suisse-UE, dont le contenu a été publié en décembre 2018. En 2017, nous avons lancé un appel public, envoyé une lettre au Conseil fédéral le 2.7.2018 et publié des déclarations dans le cadre de la procédure de consultation pour soutenir la conclusion de l'accord. Nous craignons que la prise de décision sur l'accord-cadre ne soit encore retardée car certains souhaitent qu'elle soit reportée après les élections nationales et même après le vote sur l'initiative de résiliation. Nous considérons qu'un tel retard serait dangereux.

Les conditions géopolitiques ne nous permettent plus de reporter la stabilisation et la consolidation des relations de notre pays avec l'UE. L'érosion de l'ordre multilatéral, les tensions transatlantiques, la guerre commerciale américaine avec la Chine, l'échec de l'accord avec l'Iran, ainsi que les développements au sein de l'UE (crise du Brexit, nationalisme, menace de divisions sur l'initiative Road and Belt) vont conduire la Suisse, sans accord-cadre, à perdre sa position privilégiée et à être traitée par l'UE comme tout autre pays tiers. Compte tenu de l'étroite intégration économique et géographique, cela aura un impact négatif sur l'emploi et la population de notre pays. La Suisse n'a plus le temps de définir le rythme de sa politique européenne uniquement sur des critères de politique intérieure.

Le débat sur l'accord-cadre ne tient pas compte de ces considérations. Il est dominé par l'accumulation habituelle d'intérêts particuliers, qui fait perdre de vue l'intérêt national que vous, en tant que gouvernement, êtes chargés de sauvegarder. En outre, de nombreuses objections reposent sur de fausses prémisses juridiques et ne tiennent pas suffisamment compte des développements futurs qui surviendraient sans un accord. Elles surestiment avec leur « oui, mais » la possibilité d'améliorations ultérieures et prennent ainsi clairement le risque d'un échec de l'accord. Beaucoup espèrent même un tel échec, bien que les sondages d'opinion aient clairement montré que la population est favorable à la signature de l'accord.

Le débat en Suisse donne ainsi l'impression que le rejet de l'accord-cadre actuel résoudra des problèmes majeurs avec l'UE et y mettra un terme. Certains craignent que les mesures d'accompagnement en faveur de l'égalité salariale ne puissent ainsi être garanties et protégées. Cette position ne reconnaît pas que ces droits ne sont en aucun cas garantis par l'accord actuel sur la libre circulation des personnes. On prétend aussi que les droits sociaux

COMITÉ

Président
Thomas Cottier

Vice-présidente
Joëlle de Sépibus

Membres
Bénédict de Tschanner (président honoraire), Hervé Bribosia, Rosa Losada, Alois Ochsner, Friedrich Sauerländer, Chantal Tauxe, Gérard Viatte, Jean Zwahlen

de la directive Citoyens de l'Union pourraient ainsi être évités avec succès. Cet avis méconnaît que cette exigence se fonde sur la liberté de circulation existante et fera en tout état de cause l'objet d'ajustements futurs. On prétend aussi qu'en rejetant l'accord, la marge de manœuvre pour les subventions, notamment cantonales, pourrait être préservée. Cet avis ne tient pas compte du fait que l'accord-cadre ne règle pas cette question et qu'à l'avenir, elle fera également l'objet de négociations ou de pressions unilatérales dans le contexte de l'accord de libre-échange de 1972 ou d'un accord sur l'électricité. Enfin, certains prétendent que le soi-disant problème des "juges étrangers" et donc de la souveraineté serait éliminé si l'on la renonçait à l'accord-cadre. Cette position méconnaît la grande importance du tribunal arbitral pour renforcer la position de la Suisse.

Nous nous permettons donc de vous expliquer ces considérations plus en détail ci-dessous.

Mesures d'accompagnement

Les mesures d'accompagnement prises par la Suisse sur la base de la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire des travailleurs détachés en Suisse et des mesures d'accompagnement (LDét, RS 823.20) et de l'ordonnance d'exécution (Odét) sont, selon la Commission européenne, partiellement incompatibles avec l'accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681). La Cour de justice de l'Union européenne a estimé que des obligations de dépôt étendues étaient incompatibles avec la libre prestation de services (article 56 du TFUE) (arrêt C-33/17 Cepelnik du 15.11.18). Cette norme s'applique également à la libre prestation de services limitée dans le temps en vertu de l'art. 5 de l'ALCP et donc à la conception de la loi suisse sur le détachement des travailleurs. Pour la même raison, il faut présumer que la règle des 8 jours dans sa forme actuelle contredit l'ALCP. C'est également la conclusion à laquelle est parvenu le rapport (commandé par CER-N) du Prof. Philipp Zurkinden et Bernhard C. Lauterburg le 24.2.19.¹

En raison de l'application directe de l'ALCP par le Tribunal fédéral, les entreprises étrangères peuvent contester les dispositions de la LDét et de l'Odét devant les tribunaux suisses. Selon la pratique établie, ceux-ci tiennent compte de la pratique actuelle de la Cour européenne de justice, selon les instructions du Tribunal fédéral. S'ils adhèrent à leurs principes, ils tiendront également compte de la législation de l'UE sur le détachement des travailleurs lors de l'évaluation des mesures administratives conformément à l'article 22, paragraphe 2, de l'annexe I LCPE, à laquelle il est fait référence. Il n'est donc pas certain que la règle des 8 jours en vertu de l'art. 6 al. 3 LDét et, surtout, l'obligation générale de dépôt (art. 2 LDét) introduite par le Parlement en 2004 à l'occasion de l'élargissement à l'Est de l'ALCP seront respectées. En revanche, l'accord-cadre prévoit une période maximale de quatre jours et une possibilité limitée de dépôt en cas de violation des droits, à laquelle les juridictions nationales, le tribunal arbitral et la Cour de justice européenne sont liés.

L'accord-cadre garantit ainsi les éléments essentiels des mesures d'accompagnement, qui ne sont pas susceptibles d'être confirmés sur le plan international par les tribunaux sur la seule base de l'ALCP, et vraisemblablement pas en Suisse non plus. En outre, grâce à l'accord-cadre, la Suisse pourra désormais bénéficier de l'entraide administrative et judiciaire et les entreprises fautives pourront être poursuivies à l'étranger d'une autre manière qu'aujourd'hui. En d'autres termes, elle est moins dépendante des dépôts pour faire respecter ses droits qu'elle ne l'est aujourd'hui.

Le rejet de ces dispositions de l'accord-cadre traduit donc fondamentalement et par négligence une mauvaise appréciation de la situation juridique. Cette position spéculait probablement sur le fait que des revendications natio-

¹ <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-professor-philipp-zurkinden-teil-2.pdf>

nales supplémentaires pourraient être appliquées dans le cadre de l'initiative de résiliation et sur le fait que la protection salariale au sein de l'Union européenne pourrait encore être étendue sous la pression des syndicats. En mai 2018, le Conseil et le Parlement de l'UE ont révisé la loi sur le détachement des travailleurs. L'expérience a montré qu'il ne faut pas s'attendre à ce qu'une nouvelle révision soit effectuée dans un bref délai, d'autant plus que le principe de l'égalité de rémunération à travail égal est désormais explicitement reconnu. Enfin, l'accord-cadre permettra à la Suisse d'exercer une plus grande influence sur le développement du droit de détachement dans l'UE qu'elle ne peut le faire aujourd'hui ou en rejetant le traité.

Directive Citoyens de l'Union

Les adaptations de la législation de l'UE en matière de libre circulation introduites par la directive 2004/38 révisée sur la libre circulation reposent directement sur la libre circulation des personnes et la libre prestation de services dans le cadre du TFUE. Ils sont donc étroitement liés à l'ALE. On peut supposer qu'au cours des prochaines années, la Suisse sera invitée, d'une manière ou d'une autre, à étendre les droits sociaux aux citoyens de l'Union résidents qui n'ont pas ou plus d'activité professionnelle. L'accord-cadre ne fait aucune référence explicite à l'extension des droits sociaux. Il faut s'attendre à ce que leur introduction fasse l'objet de négociations et de discussions avec ou sans accord-cadre, sur une longue période, tout comme en Suisse, le passage du principe du lieu d'origine au lieu de domicile en matière d'assistance s'est fait attendre très longtemps et n'a été conclu que récemment.

Le rejet de l'accord-cadre n'éliminera pas cette pression. Il faut plutôt s'attendre à ce qu'à l'avenir, la Suisse doive adopter unilatéralement des droits sociaux afin d'éviter des mesures de rétorsion de l'UE. Contrairement à l'accord-cadre, elle ne sera pas en mesure de se défendre contre des mesures disproportionnées, car le recours à l'arbitrage ne sera pas possible. Elle ne bénéficiera pas non plus de droits réciproques, comme le permet l'accord-cadre, notamment grâce à de nouvelles améliorations de l'accès au marché, puisque l'UE n'est pas disposée à entamer de nouvelles négociations sans accord-cadre. Cette situation répétera celle relative à l'abolition des impôts sur les holdings et à la révision controversée du droit fiscal des sociétés dans le cadre de l'accord de libre-échange de 1972, sur laquelle nous voterons à nouveau le 19 mai 2019 sans compensation de l'UE. La Suisse a plutôt intérêt à négocier et à sécuriser cette question à l'avenir dans le cadre de l'accord-cadre. Elle peut supposer que ces droits devront être repris dans la même mesure que dans l'EEE. Grâce à la procédure d'arbitrage de l'accord-cadre, elle peut se défendre par des moyens légaux contre des revendications plus importantes.

Aides et subventions

Les cantons supposent que l'accord-cadre restreindra les possibilités de subventionnement et que pour cette raison il n'est pas intéressant pour eux. Cette supposition est aussi basée sur une appréciation erronée de la base juridique.

La pression sur les aides créant des distorsions sur les marchés au niveau cantonal et sur les privilèges fiscaux résulte en premier lieu de l'ALE de 1972 (SR.0.632.401). L'UE peut attaquer de telles distorsions par des pressions politiques et des mesures unilatérales, comme elle l'a fait pour les privilèges fiscaux des holdings. L'accord-cadre prévoit de traiter des bases juridiques de l'UE sur les aides dans le cadre d'une future révision de l'ALE de 1972. Celles-ci ne font pas l'objet de l'accord-cadre, mais feront l'objet de négociations futures. Selon nous, la Suisse a tout intérêt à ce que cet objectif soit atteint en incluant l'ALE et son extension au commerce des services dans l'avenir. C'est la seule manière de garantir que la Confédération et les cantons puissent se défendre contre d'éventuelles mesures de rétorsion dans le cadre d'une procédure d'arbitrage. C'est le seul moyen de faire en

sorte que l'élimination déjà exigée des subventions qui faussent le marché puisse être compensée par des droits d'accès au marché améliorés et supplémentaires.

Règlement des différends

Au vu des accusations et des craintes suscitées par les "juges étrangers", il convient de souligner que l'accord-cadre confirme l'indépendance des tribunaux suisses. Ni les tribunaux cantonaux ni les tribunaux fédéraux ne sont soumis à des décisions préjudicielles de la CJUE. Ils sont tenus de tenir compte de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice européenne, ce qu'ils font déjà dans une large mesure. C'est dans ce cadre que le droit européen suisse se développera en premier lieu et de manière déterminante. Leur pratique fait déjà l'objet de consultations politiques dans le cadre des commissions mixtes. Dorénavant, elle pourra également faire l'objet d'un arbitrage.

Cette indépendance, qui n'existe plus dans les Etats membres de l'UE, est au cœur de l'accord et est beaucoup plus importante que la question de savoir dans quelle mesure le tribunal arbitral est indépendant ou non en vertu de son obligation de saisir la Cour européenne de justice. Le tribunal arbitral n'est utilisé que pour les litiges politiques. L'expérience a montré que son existence facilitera la solution politique au sein du comité mixte en ayant un effet préventif. Elle renforce institutionnellement la position de la Suisse en tant que partenaire politiquement plus faible et donc aussi sa souveraineté. On peut supposer que la procédure sera rarement appliquée dans la pratique. Celle-ci n'a jamais été utilisée dans le traité EEE depuis 25 ans. La question d'une décision préjudicielle ne peut alors recevoir une réponse affirmative claire qu'en ce qui concerne les concepts du droit communautaire. L'interprétation des accords bilatéraux dépendra essentiellement de l'attitude des arbitres. Ils devront tenir compte du fait que les traités bilatéraux sont soumis aux règles du droit international. Ils devront aussi tenir compte du fait que, dans de nombreux cas, la jurisprudence de la CJUE est claire et qu'il n'est pas nécessaire de faire appel. Il n'est pas possible de répondre dans l'abstrait à la question de savoir comment la relation se développera. Il n'est pas juridiquement défendable de prétendre que le tribunal arbitral est une farce et n'a aucune indépendance. L'expertise du Prof. Carl Baudenbacher pour CER-N du 6 février 2019 n'aborde pas suffisamment la relation entre le droit international et le droit européen.² Surtout, elle dissimule le fait que le tribunal arbitral est seul compétent pour apprécier la question de la proportionnalité des rétorsions. L'évaluation est totalement indépendante de la Cour de justice européenne. C'est un élément central pour la Suisse. Grâce à cette compétence du tribunal arbitral, la Suisse peut aussi, si nécessaire, s'abstenir de suivre l'UE et en accepter les conséquences. Elle dispose donc d'une option de renonciation de facto.

² (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-professor-carl-baudenbacher.pdf>)

Nous nous abstenons d'approfondir les avantages incontestés de l'accord-cadre, en particulier l'ancrage juridique et la sauvegarde des droits d'accès au marché dans les accords existants et futurs, qui sont d'une importance capitale pour l'économie suisse et ses emplois. Sans accord-cadre, les droits existants vont non seulement stagner, mais aussi s'éroder. Nous rappelons toutefois que l'introduction de la codétermination dans la législation au niveau de la Commission, l'approfondissement des contacts parlementaires et entre les tribunaux sont très précieux pour la Suisse. Ainsi, le Conseil fédéral, les parlementaires et les tribunaux pourront défendre rapidement et activement les intérêts de la Suisse et notre pays pourra enfin sortir d'une position purement réactive et passive dans le cadre de la politique unilatérale de compatibilité européenne.

Pour toutes ces raisons, nous demandons au Conseil fédéral de parapher le traité immédiatement après le scrutin du 19 mai 2019 et de le soumettre à la signature. Si le Conseil fédéral avait l'intention de renégocier le traité et de retarder sa signature, il courrait le risque que la nouvelle Commission européenne ne se sente plus liée par le texte et que des mesures de rétorsion soient prises (refus de l'équivalence boursière), ce qui durcirait et aggraverait le climat et alourdirait inutilement les élections parlementaires. Cela rendrait plus difficile la signature de l'accord à une date ultérieure.

Nous vous demandons de garder à l'esprit que le 25.11.2018, le peuple et les cantons, en rejetant fermement l'initiative d'autodétermination, ont démontré de manière impressionnante la grande importance du droit international et des bonnes relations avec l'Union européenne. Il y a lieu d'en tirer sans attendre les conclusions politiques concernant l'accord-cadre.

Au nom de l'Association et avec mes meilleures salutations,



Thomas Cottier
Président ASE