

Berne, 3 janvier 2020

Accord institutionnel Suisse - UE: déclarations interprétatives

I. Introduction

Vu l'importance politique de l'accord-cadre institutionnel avec l'UE et ses conséquences en matière d'intégration, le Conseil fédéral a procédé au printemps 2019, après la conclusion des négociations en 2018 mais avant de parapher et de signer l'accord, à des consultations extraordinaires avec les partis, les associations, les cantons et les organisations de la société civile. Il en est ressorti des préoccupations et des objections essentiellement dans trois domaines : i) la garantie du maintien d'une protection salariale efficace dans le droit régissant le détachement de travailleurs étrangers, ii) la question de la prise en charge éventuelle prestations sociales au profit des citoyens des parties contractantes qui se retrouvent au chômage dans un Etat contractant, et iii) la limitation de la possibilité d'accorder des aides d'état au niveau cantonal.

Dans une pétition adressée au Conseil fédéral le 31 octobre 2019, la Plateforme Suisse-UE et les organisations de la société civile soussignées ont demandé la signature rapide de l'accord et en ont expliqué de façon détaillée les raisons. Ils estiment que le présent accord est bien meilleur que ce qu'on a pu en dire, et qu'il constitue une bonne base, au bon moment, pour le développement des relations bilatérales de la Suisse avec l'UE. Le Conseil fédéral a également approuvé l'architecture institutionnelle de l'accord et s'est limité à vouloir des « clarifications » concernant les préoccupations évoquées ci-dessus.

Après un examen minutieux de l'accord, ces préoccupations peuvent être résolues et clarifiées sur le plan juridique en recourant à une interprétation conforme de ses dispositions. Une telle interprétation peut être effectuée au moyen de déclarations interprétatives. Ces déclarations peuvent être faites unilatéralement ou de façon consensuelle par les deux parties. Une renégociation du texte de l'accord lui-même n'est pas nécessaire à cette fin.

Avec des déclarations interprétatives, on s'assure de pouvoir canaliser les doléances de l'Union européenne, alors que si l'accord-cadre devait être abandonné, de telles doléances pourraient se répercuter de façon non ciblée dans différents domaines et faire l'objet de mesures politiques unilatérales sans contrôle juridique.

II Les déclarations interprétatives en droit international

Les déclarations interprétatives sont des vues exprimées de façon unilatérale ou bilatérale exprimées quant à la compréhension d'un accord. Contrairement aux déclarations unilatérales d'un État, elles

COMITE

Président

Thomas Cottier

Vice-Présidente

Joëlle de Sépibus

Membres

Hervé Bribosia, Rosa Losada, Matthias Meyer, Philippe Nell, Alois Ochsner, Friedrich Sauerländer, Chantal Taux, Gérard Viatte, Jean Zwahlen, Samuel Huber (Secretariat)

s'inscrivent dans le cadre de l'interprétation d'un traité sans remettre en cause ses dispositions. Dans la mesure où elles iraient au-delà du traité, elles constitueraient matériellement une réserve qui - si admise - devrait être acceptée par l'autre partie et aurait pour effet, dans les relations bilatérales, d'amender le traité (cf. DFAE, Guide de la pratique en matière de traités internationaux par. 23/24, Berne 2015).

S'agissant de l'Accord-cadre, la possibilité existe de faire des déclarations interprétatives unilatérales ou bilatérales.

La déclaration interprétative unilatérale reflète l'opinion juridique d'une partie. Elle lie celle-ci de bonne foi dans la pratique contractuelle. Elle ne doit pas formellement être acceptée par l'autre partie, mais elle est soumise au principe de l'approbation tacite (*acquiescence*). Si l'autre partie n'est pas d'accord avec la déclaration, elle doit réagir et soulever une objection.

Si la déclaration interprétative est faite conjointement, il y a une interprétation authentique du traité et, par conséquent, un véritable accord complémentaire qui précise les dispositions du traité.

Si une déclaration interprétative commune n'est pas possible, la Suisse pourra exprimer unilatéralement son avis juridique lorsque le Conseil fédéral paraphera et signera l'accord-cadre. Celui-ci répondrait ainsi aux préoccupations exprimées principalement dans le pays ; il définirait également sa position vis-à-vis de l'UE, qui est décisive pour la signature ad referendum, et qui guidera ensuite également la voie à suivre pour le Parlement et les citoyens.

III. Protection des salaires

A. Situation actuelle

L'accord-cadre concerne seulement les dispositions relatives au détachement des travailleurs dans le cadre d'une libre prestation de services limitée dans le temps. Il n'affecte pas le contrôle du respect des salaires minimaux des personnes employées en Suisse par des entreprises nationales et étrangères ayant leur siège en Suisse au sens de l'art. 1, al. 2, de la loi sur le détachement des travailleurs (RS 823.20). Ces réglementations et contrôles ne sont couverts par l'Accord sur la libre circulation des personnes – et donc par l'accord-cadre – que dans la mesure où ils sont appliqués de manière discriminatoire à l'égard des employés étrangers ou restreignent les entreprises dans l'embauche de personnel. Les salaires minimums convenus collectivement et leur application servent toutefois en principe à mettre en œuvre la libre circulation des personnes. La protection des salaires et la liberté de mouvement vont donc plutôt de pair.

L'Accord-cadre reconnaît l'objectif commun des parties de respecter le principe « à travail égal, salaire égal ». A cette fin, elles peuvent assurer un niveau de protection proportionné et adéquat afin de garantir la libre prestation de services et la bonne application des règles en empêchant les abus et le contournement. La configuration du contrôle et de la mise en œuvre se fonde sur les directives correspondantes de l'UE, mais la Suisse se voit accorder expressément la possibilité d'exiger une notification préalable de quatre jours et une caution à l'encontre des entreprises défailtantes. Il est aussi permis à la Suisse de

participer au système d'information officiel IMI (*Internal Market Information System*)¹ ainsi qu'au système d'assistance administrative et juridique à l'échelle de l'UE. Demeure controversée la question de l'intensité des contrôles effectués, notamment à l'égard des sociétés étrangères.

L'accord-cadre n'aborde en revanche pas la question de savoir si la mise en œuvre de la protection salariale peut continuer à être confiée aux partenaires sociaux ou si elle doit être assurée par les autorités publiques.

B. Déclaration interprétative sur la protection des salaires

La reconnaissance expresse du principe " à travail égal, salaire égal " dans le Protocole 1 de l'accord-cadre doit être interprétée comme permettant et exigeant le maintien d'un contrôle efficace de la protection des salaires des travailleurs détachés dans le cadre des dispositions de cet accord-cadre. L'efficacité des mesures d'accompagnement continue à dépendre des mesures de contrôle prises sur le terrain. Ces dernières constituent également condition préalable essentielle à l'efficacité de la coopération entre les autorités des parties contractantes dans le cadre du système d'information IMI et de l'assistance administrative et juridique. L'intensité et la proportionnalité des mesures de contrôle de la Suisse seront donc mesurées à la lumière de l'efficacité future de la coopération en matière d'assistance administrative et judiciaire avec les différents États membres de l'Union européenne concernés.

Le protocole 1 et les directives correspondantes doivent alors être interprétés en ce sens que l'accord-cadre, s'agissant du régime juridique relatif à détachement des travailleurs, continue de permettre la mise en œuvre de mesures de contrôle déléguées par la Confédération aux partenaires sociaux au nom de la Confédération, en coopération avec les autorités de l'administration de la justice, dans l'intérêt d'une protection salariale efficace.

IV. Prestations sociales (directive sur la citoyenneté de l'UE)

A. Situation actuelle

Ni l'accord-cadre ni l'accord sur la libre circulation des personnes ne mentionnent la directive 2004/38/CE qui codifie les droits de séjour et les droits sociaux plus étendus dans le cadre de la citoyenneté de l'UE, droits que la Cour de justice de l'UE avait reconnus aux citoyens de l'UE et à leur famille dans les États membres.

La mesure dans laquelle l'accord-cadre oblige à adopter ces droits est controversée. L'article 5 prévoit en principe la reprise des actes de l'Union relevant du champ d'application de l'accord cadre sous réserve des exceptions au protocole n° 2. L'article 5 couvre également la libre circulation des personnes et des services, dans la mesure où elle relève de l'accord de 2004 sur la libre circulation des personnes.

Le principe de reprise des actes de l'UE ne s'applique évidemment pas à l'extension des droits sociaux reconnus aux ressortissants des États membres indépendamment de la qualité de travailleur, droits qui sont fondés sur la citoyenneté de l'Union en vertu de l'article 9 TUE et de l'article 20 TFUE et sur la

¹ https://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_fr.htm

jurisprudence de la CJCE. Ils ne relèvent pas du champ d'application de l'actuel Accord sur la libre circulation des personnes. La question fera plutôt l'objet de négociations futures dans le cadre de l'ALCP. Comme en Suisse, le passage progressif du principe du pays d'origine au principe du lieu de résidence sera un long processus en Europe. Il ne peut être décidé d'une façon ou d'un autre avec l'accord-cadre.

B. Déclaration interprétative

Les articles 2 et 5 ainsi que le protocole n° 2 de l'accord-cadre doivent être interprétés en ce sens que la Suisse n'est tenue de transposer la directive 2004/38/CE² (laquelle n'est mentionnée ni dans l'accord sur la libre circulation des personnes ni dans l'accord-cadre) que dans la mesure où ses dispositions relèvent du champ d'application de l'accord sur la libre circulation des personnes de 2004, lui sont clairement liées et ne préjugent pas d'une éventuelle transposition partielle ultérieure de droits plus étendus par la Suisse, État non membre de l'Union. Cette question fera l'objet de négociations ultérieures dans le cadre de l'article 18 de l'Accord sur la libre circulation des personnes, lors du passage du principe de l'État d'origine au principe de la résidence dans le système de protection sociale.

V. Aides d'état cantonales

A. Situation actuelle

L'accord-cadre adopte le droit communautaire des aides d'État dans le cadre des accords sectoriels qui y sont soumis, en particulier l'accord concernant le transport aérien. L'annexe X de l'accord-cadre énumère les dispositions spécifiques de l'UE en matière d'aides d'État qui s'appliquent au transport aérien. Les subventions cantonales relèvent principalement de l'accord de libre-échange du 22 juillet 1972 (ALE), lequel ne serait pas couvert par l'accord-cadre actuel. La déclaration conjointe UE-Suisse sur les accords liés au commerce, qui est annexée à l'accord-cadre, prévoit l'élaboration d'un traité moderne basé sur les accords actuels de l'UE en matière de commerce extérieur. Toutefois, elle prévoit également certains effets préliminaires à partir de l'entrée en vigueur de l'accord-cadre, y compris s'agissant des subventions cantonales. Les cantons craignent une restriction de leur marge de manœuvre et des procédures d'arbitrage correspondantes.

Un projet de décision du comité mixte au titre de l'article 29 de l'ALE de 1972 est joint à l'accord-cadre. Selon le dernier considérant de ce projet de décision, les dispositions de l'accord-cadre relatives aux subventions visent à fournir des orientations pour l'interprétation et l'application de l'article 23, paragraphe 1, point iii), de l'accord de libre-échange (« guide son application »), avant même que l'accord de libre-échange ne soit modernisé.

² Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.

Cette décision ne fait pas partie de l'Accord. Il ne s'agit que d'un projet et le considérant, en tant que préambule, n'a pas d'effet opérationnel direct. Il doit être interprété à la lumière de l'article 2 de l'accord-cadre qui ne soumet pas l'ALE à l'accord-cadre institutionnel. Il n'y a pas de constellation *lex posterior* en droit international. C'est plutôt l'accord-cadre, en tant qu'accord ultérieur, qui constitue le contexte au sens de l'art. 31 al. 3 lit. a de la Convention de Vienne. Les dispositions de l'accord-cadre sur les aides d'État et du droit communautaire doivent donc être prises en compte dans l'interprétation de l'art. 23 ALE. Cette considération doit cependant s'inscrire dans le contexte du libellé et du but de l'ALE en tant que traité international et de l'art. 23 ALE lui-même, sans aller au-delà. La mesure dans laquelle une adaptation plus poussée à l'UE aura lieu dépendra de la renégociation de l'accord de libre-échange, de son élargissement en un accord économique moderne et de sa subordination formelle à l'accord-cadre au sens de l'art. 2 al. 1 et de l'art. 17 al. 3, avec d'éventuelles modifications telles qu'envisagées à l'art. 8A al. 1 al. 2 de l'accord-cadre.

Le point 8 de la déclaration conjointe sur les accords liés au commerce n'autorise le recours à la procédure d'arbitrage dans ce domaine que par consentement mutuel (« si les deux parties le souhaitent »). Cette approche s'écarte de la règle générale qui autorise unilatéralement le déclenchement d'une procédure d'arbitrage (art. 10). Un litige concernant des aides d'État dans le cadre de l'ALE ne peut donc pas être porté devant un tribunal arbitral contre la volonté de la Suisse. Un tel litige ferait l'objet de négociations dans le cadre du comité mixte et donc relèverait du contexte d'une future révision de l'accord de libre-échange de 1972, en particulier son extension dans le secteur des services. Une déclaration interprétative pourrait également garantir que les tribunaux nationaux agissant conformément à l'accord-cadre n'aillent pas au-delà des obligations découlant de l'ALE de 1972 lorsqu'ils évaluent des dispositions cantonales spécifiques.

B. Déclaration interprétative

La déclaration conjointe Suisse-UE sur les accords liés au commerce doit être interprétée en ce sens que la question du champ d'application tout comme celle de l'adoption du régime des aides d'État, conformément à l'article 8 de l'accord-cadre, feront l'objet de négociations dans le cadre d'un accord économique révisé et ne seront affectées ni par la déclaration conjointe en question ni par les dispositions de l'UE sur le transport aérien énumérées à l'annexe X de l'accord-cadre.

Le considérant final du projet de décision du comité mixte, une fois adopté, aura pour seul effet que les dispositions du chapitre 2 de l'accord-cadre en matière d'aides d'État devront être prises en compte dans l'interprétation de l'article 23, paragraphe 1, point iii), de l'ALE en tant que contexte dans le cadre du libellé et de l'objet de l'ALE, et notamment de l'article 23 de l'ALE.

L'article 1er du projet de décision de la commission mixte, adoptée au titre de l'article 29 de l'ALE de 1972, doit alors être interprété à la lumière du paragraphe 8 de la déclaration conjointe sur les accords liés au commerce. Cette disposition prévoit clairement qu'après l'entrée en vigueur de l'accord-cadre et avant l'entrée en vigueur des accords de libre-échange révisés, le tribunal d'arbitrage ne peut être convoqué qu'avec le consentement des deux parties.
