

NON-Paper

on a possible update of the bilateral agreements between the EU and Switzerland

Context

After the unilateral decision by the Swiss Federal Council to end the negotiations on an institutional framework agreement (IFA) between Switzerland and the European Union in May 2021, there is a need to come to an agreement between both sides.

After 8 years of negotiations, there is no lack of understanding of the mutual concerns, there is a lack of decision making from the Swiss Federal Council. Surprisingly, it appears that within Switzerland, even constructive contributions by the Parliament are perceived as undesirable interference with government business. Elections in Switzerland are taking place in fall 2023.

The Members of the European Parliament that have signed this paper want to outline the way forward. This way forward is based on compromises that partly appeared already in the IFA, but may need a small adaptation.

1. From framework to a legally sound package

A comprehensive framework agreement would not pass a Swiss referendum as the public debate is captured by domestic stakeholders who in part already brought forward nonsensical arguments against the draft-IFA in 2021. Therefore, the way forward must be a sectoral approach by which all existing bilateral agreements are updated identically, and future agreements that give Switzerland access to the single market abide by the same institutional standards. Even such a package may entail a lengthy process for the ratification of this package in the EU Member States' parliaments.

2. Level Playing Field: Agreement that distortion of single markets by state aid must be avoided

As the Switzerland delegation of the EU-Parliament has already agreed with its counterpart from Switzerland: Art. 8 of the draft-IFA already provides a fair solution on state aid that can simply be integrated into the all bilateral agreements that give Switzerland access to the EU single market.¹ A formal opinion of the Swiss Cantons on the usefulness of this regime must be provided to the Federal Council without delay.

¹ see lit e) Joint Statement Benedikt Würth, Andreas Schwab, 7.10.2022, <https://www.parlament.ch/centers/documents/en/Joint%20Statement%20E.pdf> (last retrieved 20.10.2022)

3. Dispute Settlement and dynamic alignment: European Court of Justice applies EU law, but arbitration court controls bilateral agreements

As the Switzerland delegation of the EU-Parliament has already agreed with its counterpart from Switzerland²: The proposal by former Commission president Jean-Claude Juncker to set up a dispute settlement system based on an arbitration court is fair for both sides and can simply be integrated into all existing and future bilateral agreements. This would usher in a new era of cooperation based on the rule law and end two decades of political committees.

Moreover, sectoral participation in the EU single market requires the updating of agreements if sectoral EU law changes. The EU is mindful of the strong Swiss tradition of participatory democracy. Therefore, a reliable dynamic alignment mechanism with “decision shaping” roles for Switzerland and in respect of Swiss domestic processes is needed. To that end, the Swiss Federal Council must clarify what exemptions it exactly seeks in the area of dynamic alignment.

4. Update of the existing bilateral agreement on Free Movement of Persons

It is obvious that Switzerland will remain an associated third country that will not be required to take over all EU law. But in all areas where the country is economically associated and benefiting from the freedoms of the internal market of the EU, it must logically adopt all relevant rules, too.

Updating the Free Movement of Persons Agreement (FMOP-A) and integrating Directive EU 2004/38 on the Free Movement of Persons is necessary. This requires some clarifications what key elements of this directive actually mean and what other elements free movement includes

- All elements of the free movement of persons acquis (such as regulation (EU) 2019/1157 on security of ID cards) have to be implemented into the FMOP-A to ensure security for all citizens and workers that travel between the EU and Switzerland. This notably also applies to rules on COVID Certificates.
- EU law on free movement limits access to social security systems if people who make use of their free movement right have not contributed to it before! To obtain a permanent residence right, one must have resided legally in a country for five years. But: legal residence, in essence, requires a job or sufficient income and a health insurance. Simply put: no job or no money, no legal residence. No legal residence, no permanent residence permit after five years. This process follows a basic principle of law: the burden of proof that one is legally residing in Switzerland or in any EU member state is born by the person claiming it. Therefore, EU law gives EU member states enough tools to prevent “immigration” into social security systems. As the Switzerland delegation of the EU-Parliament and its counterpart from Switzerland noted³: Swiss law foresees additional criteria for granting residence permits. A fair, proportionate, well-justified and non-discriminatory solution to reflect all these considerations must therefore be found when integrating Directive EU 2004/38 into the Free Movement of Persons Agreement.

² *ibid*, lit h)

³ *ibid*, lit l)

- Switzerland, similar to any EU-Member state, can make use of a voluntary registration that is compatible with directive EU 2004/38, which would enable Switzerland to keep track of the status of EU citizens working and living in the country. The Swiss authorities would be in full control to detect possible situations where EU citizens who apply for a permanent residence permit have not been lawfully residing there for at least five years. At the same time, Swiss authorities can trace those who lived for more than 5 years in the country without fulfilling the requirements for legal residence as laid out above. An “immigration” into social security is not foreseen under EU law.
- EU laws allow for the expulsion of criminals: Just like EU-countries, Switzerland would be able to make use of the powers of articles 27 and 28 foreseen by directive EU 2004/38 allowing authorities to expel foreigners who commit serious criminal offenses in Switzerland. Courts will always control the decisions in Switzerland as in all EU member states to make sure that decisions are lawful and proportionate to the crime.

It is obvious that the Swiss economy strongly benefits from highly educated workers coming from the EU. Healthcare, financial services or legal services would be severely short-staffed without EU workers. Nevertheless, a “safeguard clause” to allow the Swiss government to introduce additional restrictions on free movement in exceptional circumstances could be imagined to assuage concerns.

It must be clarified that the Free Movement of Persons Directive EU 2004/38 has nothing to do with “EU citizenship”. No aspects of “EU-citizenship” would apply to Switzerland (as is the case for EEA countries). The European Commission and the Swiss Federal Council could build on the case law and on the sui-generis nature of the provisions of the Free Movement of Persons Agreement to meet some of Swiss concerns.

5. Swiss salaries are protected by the EU principle “same salary at the same place for the same work”

It is well known that the Swiss labour market needs a special touch. The Swiss flanking measures were introduced when the EU law for posted workers was still under development - the single market for labour was still under development. However, recent EU-legislation such as the enforcement directive EU 2014/67 as well as the creation of the European Labour Authority in Bratislava provide for the necessary elements to control the posting of workers in a proportionate manner by way of cooperation with authorities of EU Member States.

The Swiss want to preserve their level of domestic wages. The EU has the same goal: the principle “same salary for the same work at the same place” is applied everywhere. Therefore, the Flanking Measures must be updated as well, and they must be proportionate and non-discriminatory.

A new digital and non-bureaucratic pre-registration of EU companies in Switzerland should not exceed 4 days and no deposit should be linked to it, except in cases where companies have previously committed serious infractions (risk-based approach). Also here, access to courts that control if decisions have been lawful and proportionate are in place.

As the Switzerland delegation of the EU-Parliament has already agreed with its counterpart from Switzerland: Protocol 1 of the IFA seems a fair solution, even if deviating from the EU rules, allowing Switzerland to impose restrictions which do not exist in the EU.⁴ It has to be recalled that the Protocol 1:

⁴ *ibid*, lit j)

- limits the provision of services to 90 days
- restricts what type of services can be provided as the pre-notification regime of 4 days significantly prevents a the provision of large number of services in practice
- follows the risk-based approach to deposit-schemes

Therefore “the equal work / equal pay principle” should be enshrined into the Free Movement Persons Agreement as an essential element to clarify that Switzerland would be able to take certain extra measures as long as they remain proportionate and non-discriminatory (in line with EU rules and EU Member States own practice).

6. Switzerland and the European Union go further

We need a “New Swiss Deal”. It must be fair and provide long lasting, legally sound solutions. But once agreement on the institutional issues in all existing and future single market access agreements has been found, nothing should prevent the conclusion of additional agreements:

- Full market access must then immediately restored where mutual recognition agreements had eroded, notably in the area of medical devices and machinery products
 - The EU should recognise the Swiss stock exchange’s rules as equivalent.
 - The EU should then quickly grant Switzerland access to all EU-research agreements.
 - New agreements on health and electricity should be concluded as fast as possible.
-

Annex: a possible addendum to all existing and new bilateral agreements

Kapitel 1NEU

Art. [X+1] Streitschlichtung durch ein Schiedsgericht

Die Vertragsparteien verpflichten sich, Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Auslegung oder der Anwendung [des hier betroffenen Abkommens] und der Rechtsakte der Europäischen Union, auf die darin Bezug genommen wird, oder im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit eines Beschlusses der Europäischen Kommission, der darauf [diesem Abkommen] beruht, ausschließlich dem hier vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus zu unterstellen. Damit entfällt die Aufgabe des [nach diesem Abkommen] insoweit zuständigen gemischten Ausschusses ersatzlos.

1. Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Auslegung oder der Anwendung dieses Abkommens oder eines betroffenen Abkommens oder eines Rechtsakts, der darin erwähnt wird, konsultieren sich die Vertragsparteien im sektoriellen Ausschuss, um eine für beide Seiten akzeptable Lösung zu finden. Im Hinblick auf eine gründliche Prüfung des Sachverhalts sind sämtliche zweckdienlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Gelingt es dem sektoriellen Ausschuss nicht, eine Lösung zu finden, so kann eine Vertragspartei verlangen, dass die Angelegenheit offiziell zur Entscheidung auf die Tagesordnung des sektoriellen Ausschusses gesetzt wird. Der sektorielle Ausschuss prüft sämtliche Möglichkeiten zur Erhaltung des ordnungsgemäßen Funktionierens des betroffenen Abkommens.
2. Findet der sektorielle Ausschuss innerhalb einer Frist von drei Monaten ab dem Datum, an dem er mit der Angelegenheit befasst wurde, keine Lösung für die Streitigkeit gemäß Absatz 1, so kann die Schweiz oder die Europäische Union verlangen, dass ein Schiedsgericht gemäß dem Protokoll über das Schiedsgericht den Streitfall entscheidet.
3. Wirft der Streitfall eine Frage betreffend die Auslegung oder Anwendung einer Bestimmung gemäß Artikel 4 Absatz 2 dieses Abkommens auf und ist deren Auslegung für die Streitbeilegung relevant und für seine Entscheidung notwendig, so ruft das Schiedsgericht den Gerichtshof der Europäischen Union an. Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union ist für das Schiedsgericht verbindlich.
4. Vor dem Gerichtshof der Europäischen Union genießt die Schweiz mutatis mutandis dieselben Rechte wie die Mitgliedstaaten und Institutionen der Europäischen Union und untersteht denselben Verfahren.
5. Die Vertragsparteien ergreifen die notwendigen Maßnahmen, um nach Treu und Glauben dem Schiedsspruch des Schiedsgerichts Folge zu leisten. Die Vertragspartei, die gemäß Schiedsgericht gegen dieses Abkommen oder gegen ein betroffenes Abkommen verstoßen hat, teilt der anderen Vertragspartei und dem sektoriellen Ausschuss die Maßnahmen mit, die sie ergriffen hat, um dem Schiedsspruch des Schiedsgerichts Folge zu leisten.
6. Wenn die Vertragspartei, die gemäß Schiedsgericht gegen dieses Abkommen oder ein betroffenes Abkommen verstoßen hat, die ergriffenen Maßnahmen zur Umsetzung des Schiedsspruchs des Schiedsgerichts nicht innerhalb einer angemessenen Frist [im Sinne von Artikel X der Regelung des Verfahrens des Schiedsgerichts] mitteilt, oder wenn die andere Vertragspartei der Meinung ist, dass die mitgeteilten Maßnahmen dem Schiedsspruch des Schiedsgerichts nicht entsprechen, kann diese Partei Ausgleichsmaßnahmen bis hin zur teilweisen oder vollständigen Suspendierung des betroffenen Abkommens bzw. der betroffenen Abkommen ergreifen, um ein mögliches Ungleichgewicht zu kompensieren.
7. Die von den Maßnahmen nach Absatz 6 betroffene Vertragspartei kann dem sektoriellen Ausschuss ihre Stellungnahme unterbreiten und ihn auffordern, deren Verhältnismäßigkeit zu beurteilen. Gelangt der sektorielle Ausschuss innerhalb von sechs Monaten seit der Unterbreitung der Anfrage zu keiner Entscheidung, so kann jede Vertragspartei die Frage der Verhältnismäßigkeit der Ausgleichsmaßnahmen [siehe Regelung über das Verfahren des Schiedsgerichts] dem Schiedsgericht unterbreiten.

8. Wird die Anwendung eines betroffenen Abkommens beziehungsweise mehrerer betroffener Abkommen teilweise oder vollständig suspendiert, bleiben bereits erworbene Rechte und Pflichten von Privatpersonen und Wirtschaftakteuren unberührt.

9. Um eine einheitliche Auslegung zu fördern, einigen sich das Bundesgericht und der Gerichtshof der Europäischen Union auf einen Dialog, dessen Modalitäten von den beiden Gerichten zu bestimmen ist. Eine Regelung zum Verfahren des Schiedsgerichts wird separat zwischen der Europäischen Union und der Schweiz vereinbart.

Kapitel 2NEU

Art. I [+X] Staatliche Beihilfen

Soweit [innerhalb des Abkommens] anwendbar gilt:

1. Zur Gewährleistung einheitlicher Bedingungen im Sinne dieses Abkommens und des ordnungsgemäßen Funktionierens des Binnenmarkts

- kommen die Bestimmungen dieses Kapitels zur Anwendung auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 über den Luftverkehr und

- stellen die Bestimmungen dieses Kapitels den Rahmen dar, der in den bilateralen Marktzugangsabkommen gem. Artikel 2 Absatz 1 übernommen und, falls erforderlich, ergänzt wird.

2. Soweit [im Abkommen] nach Absatz 1 nicht etwas anderes bestimmt ist,

a) sind Beihilfen der Schweiz oder eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, nicht mit dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Vertragsparteien im Geltungsbereich der in Absatz 1 genannten Abkommen beeinträchtigen.

b) Mit dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar sind:

i. Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, wenn sie ohne Diskriminierung nach der Herkunft der betroffenen Waren gewährt werden;

ii. Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder außergewöhnliche Ereignisse entstanden sind.

c) Als mit dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar können außerdem angesehen werden:

i) Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht;

ii) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder von gemeinsamem Interesse der Schweiz und der Europäischen Union oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats oder der Schweiz;

iii) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem Interesse der Vertragsparteien zuwiderläuft

iv) Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie den Handelsbedingungen zwischen den Vertragsparteien nicht zuwiderlaufen;

v) Beihilfen, die der sektorielle Ausschuss eines Abkommens nach Absatz 1 als mit dem entsprechenden Abkommen vereinbar erklärt.

3. Die Bestimmungen nach Absatz 1 dieses Artikels werden von den Vertragsparteien gemäß den Bestimmungen dieses Abkommens angewandt.

Art. II [+X] Anwendung durch die Vertragsparteien

1. Die Vertragsparteien sorgen dafür, dass die in Art. I genannten Regeln auf ihrem Hoheitsgebiet gemäß ihrer verfassungsmäßigen Kompetenzordnung und in Übereinstimmung mit den Bestimmungen dieses Abkommens sowie des jeweiligen Abkommens angewandt werden.

2. Durch eine unabhängige Überwachungsbehörde, die über die notwendigen Befugnisse für die vollständige und uneingeschränkte Anwendung der Bestimmungen verfügt, sorgen die Vertragsparteien dafür, dass die Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfen mit den Bestimmungen dieses Abkommens ständig überwacht wird.

3. Zu diesem Zweck wird ein Notifizierungsverfahren für staatliche Beihilfen eingeführt. Geplante Beihilferegulungen oder einzelne Beihilfevorhaben können erst umgesetzt werden, wenn die Überwachungsbehörde abschließend entschieden hat.

4. Die Überwachungsbehörden haben die ausschließliche Befugnis, Beihilferegulungen oder einzelne Beihilfevorhaben zu bewilligen, und stellen sicher, dass entgegen der Bestimmungen über staatliche Beihilfen gewährte Beihilfen zurückgefordert werden.

5. Für die Europäische Union gelten bei der Anwendung der Bestimmungen dieses Kapitels die Artikel 106, 107, 108 und 93 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, der horizontale Rechtsrahmen und die sektoriellen Bestimmungen betreffend den Geltungsbereich der Abkommen nach Artikel 1.

6. Zur Umsetzung der Bestimmungen in diesem Kapitel erlässt und wendet die Schweiz die erforderlichen Regeln an, damit jederzeit ein Überwachungsniveau sichergestellt wird, das jenem in der Europäischen Union entspricht.

Als erforderlich gelten:

- für die Anwendung des Abkommens vom 21. Juni 1999 über den Luftverkehr: Regeln zur Umsetzung des in Anhang [X] dieses Abkommens aufgelisteten Rechtsrahmens, die durch Beschluss des zuständigen sektoriellen Ausschusses verabschiedet werden.

- für die Gewährleistung einheitlicher Bedingungen für künftige bilaterale Marktzugangsabkommen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 dieses Abkommens: Regeln zur Umsetzung des horizontalen Rechtsrahmens und der sektoriellen Bestimmungen betreffend den Geltungsbereich des betroffenen Abkommens, die in der Europäischen Union in Kraft sind.

Art. III [+X] Transparenz

1. Zur Gewährleistung einheitlicher Bedingungen sorgen die Vertragsparteien für eine enge Zusammenarbeit und tauschen sich über Programme und Fälle staatlicher Beihilfen aus, einschließlich Aufforderung an die jeweils zuständige Behörde, angemessene Maßnahmen zu ergreifen.

2. Die Vertragsparteien sorgen für eine Transparenz, die bezüglich Inhalt und Verfahren jener entspricht, die in der Europäischen Union bei den staatlichen Beihilfen in den Bereichen der Abkommen nach Artikel 8A Absatz 1 besteht. Sie stellen die Veröffentlichung ihrer Entscheide sicher.

3. Zum Zwecke einer einheitlichen Umsetzung, Anwendung und Auslegung der Bestimmungen über die staatlichen Beihilfen auf dem gesamten Hoheitsgebiet der Vertragsparteien und zum Zwecke einer harmonischen Weiterentwicklung dieser Regeln bestimmen die Überwachungsbehörden der Vertragsparteien die Modalitäten für einen regelmäßigen Informationsaustausch. Auf Ersuchen einer Vertragspartei konsultieren sich die Parteien zu Fragen der Umsetzung der Bestimmungen über die staatlichen Beihilfen, [soweit im jeweiligen bilateralen Abkommen vorgesehen].

4. Die sektoriellen Ausschüsse der Abkommen [Verweis] bestimmen die Modalitäten für die Anwendung dieser Bestimmungen über die Zusammenarbeit, die Transparenz und den Informationsaustausch.

Kap 3NEU

Art. I [+X] Verfahren der Zusammenarbeit

1. Sobald die Europäische Union einen Rechtsakt in einem Bereich, der unter eines der betroffenen Abkommen fällt, verabschiedet, informiert sie die Schweiz so rasch wie möglich über den sektoriellen Ausschuss. Auf Antrag einer Vertragspartei führt der zuständige gemischte Ausschuss in dieser Angelegenheit einen Meinungsaustausch durch.

2. Der gemischte Ausschuss fasst gemäß dem vorgesehenen Verfahren einen Beschluss oder schlägt falls notwendig eine Revision vor, um den Rechtsakt der Europäischen Union darin zu integrieren. Die Beschlüsse sofort und Revisionen am Tag ihrer Unterzeichnung durch die Vertragsparteien in Kraft, jedoch keinesfalls vor dem Zeitpunkt der Umsetzung des entsprechenden Rechtsakts in der Europäischen Union oder vor dem Zeitpunkt seiner allfälligen Veröffentlichung.

3. Um die Beschlussfassung zu erleichtern, arbeiten die Vertragsparteien im Rahmen dieses Verfahrens in Treu und Glauben zusammen.

Art. II [+X] Einhaltung verfassungsrechtlicher Verpflichtungen durch die Schweiz

1. Erfordert die rechtswirksame Änderung [des betroffenen Abkommens] die Erfüllung verfassungsrechtlicher Verpflichtungen seitens der Schweiz, so informiert diese die Europäische Union im Rahmen des Meinungsaustausches.

2. Die Schweiz notifiziert der Europäischen Union über den bilateralen Ausschuss unverzüglich die Erfüllung ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtungen. Bis zur Notifizierung der Erfüllung ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtungen durch die Schweiz wenden die Vertragsparteien die Änderung vorläufig an, es sei denn, die Schweiz teilt der Europäischen Union mit, dass eine vorläufige Anwendung nicht möglich ist, und begründet dies. Eine vorläufige Anwendung vor dem Zeitpunkt der Umsetzung des entsprechenden Rechtsakts der Europäischen Union in der Europäischen Union ist ausgeschlossen.

3. Erfordert die Änderung des betroffenen Abkommens die Erfüllung verfassungsrechtlicher Verpflichtungen seitens der Schweiz, so verfügt die Schweiz ab der Ausfertigung des Rechtsaktes im Mitteilungsblatt der EU über eine Frist von höchstens zwei Jahren, wobei sich diese Frist im Falle eines Referendums um ein Jahr verlängert.

Art. III [+X] Exekutive und legislative Zusammenarbeit

1. Institutionelle Zusammenarbeit

a) Ein Gremium [Gipfel] besetzt aus je zwei Mitgliedern [Vizepräsident/-in] der europäischen Kommission und zwei Mitglieder des Schweizer Bundesrats wird eingesetzt, um

- die freundschaftliche Zusammenarbeit und Koordination

- sowie die legislative und exekutive Kohärenz in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union zu garantieren; dies gilt insbesondere [für dieses Abkommen].

Das Gremium trifft sich einmal jährlich in Basel⁵. Es kann Empfehlungen aussprechen, und fasst Beschlüsse zur Umsetzung dieses Abkommens.

⁵ Ein neuer „Swiss Deal“ braucht ein Symbol. Die Wirtschaftsmetropole Basel ist bürgernah, und als Stadt zwischen Deutschland, Frankreich und der Schweiz nicht nur geografisch, sondern auch dank seiner Infrastruktur bestens geeignet, Kommunikation fruchtbar zu machen.

b) Es wird ein gemischter parlamentarischer Ausschuss eingesetzt, der über Dialog und Debatten zum besseren Verständnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union in den Bereichen beiträgt, die unter die betroffenen Abkommen fallen.

2. Der gemischte parlamentarische Ausschuss besteht aus einer gleichen Anzahl an Mitgliedern des Europäischen Parlaments und der Schweizer Bundesversammlung. Der gemischte parlamentarische Ausschuss legt die Gesamtzahl seiner Mitglieder in seiner Geschäftsordnung fest.

3. Der gemischte parlamentarische Ausschuss trifft sich abwechselnd in der Europäischen Union und in der Schweiz.

4. Der gemischte parlamentarische Ausschuss kann sich je nach Fall in Form von Berichten und Resolutionen äußern.

5. Der gemischte parlamentarische Ausschuss verabschiedet seine Geschäftsordnung durch Konsens.