

Programme Europe

# Deux propositions pour finaliser l'accord institutionnel entre la Suisse et l'UE

Darius Farman

Frédéric Maurer

Cenni Najy

# Auteurs

## **Darius Farman**

Darius Farman contribue au foraus depuis 2016, actuellement en tant que co-responsable du programme Europe. Il a étudié les sciences politiques et économiques à l'Université de Genève et à l'École polytechnique fédérale de Zurich. Il travaille comme chercheur pour le think-tank Avenir Suisse. Diplômé du Collège d'Europe, il est particulièrement intéressé dans les diverses facettes de l'intégration européenne, y compris les relations Suisse-UE, la libre circulation des personnes, la migration et la politique sociale de l'UE.

## **Frédéric Maurer**

Frédéric a étudié l'électrotechnique à l'EPFL où il a obtenu un doctorat en 2019. Il travaille actuellement chez :elblox, une start-up active dans le domaine de l'énergie qui a pour but de faciliter la transition énergétique. Il s'intéresse non seulement au thème de l'énergie mais également aux relations entre la Suisse et l'UE. En juillet 2018, il a publié une étude au sein du GLP-lab dans laquelle il a proposé des solutions concrètes à la réforme des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (règle des 8 jours).

## **Cenni Najy**

Cenni Najy est diplômé du Collège d'Europe. Il a obtenu un doctorat de l'Université de Genève en août 2019. Sa thèse a porté sur les accords bilatéraux I du point de vue de l'UE. Il est actuellement chargé d'enseignement à l'Université de Genève (Global Studies Institute). Ses enseignements et ses recherches actuelles portent sur l'intégration européenne. Cenni a été senior policy fellow et responsable du programme Europe du foraus de 2015 à 2019. Depuis mars 2019, il assume la vice-présidence du foraus.

# Sommaire

## Executive Summary

<b>1</b>	<b>Point de situation</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>En quoi le projet d'accord actuel ne convient pas aux besoins suisses?</b>	<b>12</b>
<b>3</b>	<b>Deux propositions pour finaliser le projet d'accord institutionnel</b>	<b>15</b>
3.1	Contexte des propositions	15
3.2	Première proposition : un reparamétrage du protocole 1	16
3.2.1	<i>Une mise en œuvre en quatre paliers du protocole 1</i>	17
3.2.2	<i>Avantages du reparamétrage proposé</i>	20
3.3	Deuxième proposition : trois garanties de l'UE	23
3.3.1	<i>Contenu des trois garanties</i>	23
3.3.2	<i>Forme choisie pour les garanties</i>	27
<b>4</b>	<b>Conclusions</b>	<b>29</b>
	<b>Notes de fin de document</b>	<b>31</b>
	<b>Annexe A</b>	<b>35</b>

# Executive Summary

Français Le sort de l'accord institutionnel entre la Suisse et l'UE demeure incertain. En effet, la consultation menée par le Conseil fédéral début 2019 a révélé l'existence de fortes critiques internes. Depuis, le dialogue entre Berne et Bruxelles n'a guère progressé.

Ce *policy paper* se focalise sur l'obstacle principal sur le chemin de la ratification de l'accord institutionnel : la question de la protection salariale (principalement la réforme des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes requise par le protocole 1 de l'accord). Il identifie en particulier trois problèmes à traiter pour dégager une majorité politique en Suisse : 1) les incertitudes induites par la réforme des mesures d'accompagnement sur le niveau des salaires ; 2) le temps à disposition pour la mise en place de la réforme, qui est trop court pour que la Suisse puisse développer de nouvelles mesures d'accompagnement qui soient à la fois eurocompatibles et efficaces contre la sous-enchère salariale ; 3) des appréhensions spécifiques liées aux particularités du marché du travail suisse et aux relations entre les partenaires sociaux.

Deux propositions permettraient de traiter ces trois problèmes et d'envisager un déblocage du dossier institutionnel.

Premièrement, l'UE et la Suisse sont invitées à procéder à un **reparamétrage** du projet d'accord institutionnel existant. Celui-ci consiste en une mise en œuvre par paliers des dispositions de l'accord relatives à la protection salariale (sur dix ans au lieu des trois actuellement prévus), une évaluation renforcée et continue du niveau des salaires par les autorités compétentes, ainsi que la possibilité pour les Suisses de se prononcer sur un renouvellement de l'accord institutionnel après dix ans. Ce reparamétrage permet de dissiper autant que possible les incertitudes sur les effets de la réforme des mesures d'accompagnement et de dégager suffisamment de temps pour que les partenaires sociaux suisses puissent s'accorder sur un nouveau régime de lutte contre la sous-enchère salariale. En outre, il incite les partenaires sociaux à surmonter leurs différences politiques et à développer ce régime de manière consensuelle.

Un tel reparamétrage connaît aussi un précédent historique intéressant. En effet, la Suisse et l'UE ont déjà recouru avec succès à une méthode similaire pour la mise en œuvre graduelle de l'accord sur la libre circulation des personnes, entre 1999 et 2008.

Deuxièmement, l'UE est invitée à offrir des **garanties** à la Suisse pour répondre aux trois appréhensions spécifiques identifiées lors de la consultation de 2019 : le respect de l'autonomie de la Suisse en matière de politique de protection salariale, le système dual de contrôle, les modalités des contrôles. Ces garanties prennent la forme de déclarations conjointes à annexer à l'accord et permettent à la Suisse de protéger les spécificités de son marché du travail.

Ces deux propositions sont pertinentes dans les conditions politiques actuelles, techniquement réalistes et peuvent contribuer à rallier une majorité politique en Suisse pour ratifier l'accord institutionnel. ●

Deutsch Die Zukunft des institutionellen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU bleibt ungewiss. In der Vernehmlassung, welche der Bundesrat Anfang 2019 durchgeführt hat, wurden wesentliche Kritikpunkte am Verhandlungsergebnis geäussert. Seither ist vom Dialog zwischen Bern und Brüssel kaum etwas zu hören.

Dieses Diskussionspapier konzentriert sich auf den Hauptkritikpunkt, welcher das grösste Hindernis für die Ratifizierung des institutionellen Abkommens darstellt: die Frage des Lohnschutzes (und damit vor allem die Reform der flankierenden Massnahmen ("FlaM")). Um in der Schweiz eine politische Mehrheit für das Rahmenabkommen zu schaffen, müssen drei Hürden aus dem Weg geräumt werden: 1) die Befürchtung eines geringeren Lohnschutzes bei der Reform der FlaM; 2) die kurze Übergangsfrist für die Umsetzung der FlaM, die eurokompatibel sind und Lohndumping dennoch effektiv verhindern sollen; 3) Bedenken im Hinblick auf das Fortbestehen von Schweizer Besonderheiten in der Regulierung des Arbeitsmarktes.

Dieser Policy Brief macht zwei Vorschläge, welche diese Bedenken reduzieren und zu einer Überwindung im institutionelle Dossier führen können.

Der erste Vorschlag beinhaltet die Aufforderung an die EU und die Schweiz, den bestehenden Entwurf des institutionellen Abkommens zu justieren. Die **Justierung** würde drei Elemente beinhalten: 1) Die schrittweise Umsetzung des Abkommens über den Lohnschutz über zehn Jahre statt der derzeit vorgesehenen drei Jahre; 2) Eine kontinuierliche und verbesserte Evaluierung der Lohnentwicklungen durch die zuständigen Institutionen; 3) Die Möglichkeit, dass die Schweiz nach zehn Jahren über die Weiterführung des institutionellen Abkommens entscheiden kann. Eine solche Justierung würde die Unsicherheit über die Auswirkungen der FlaM-Reform verringern. Sie gibt auch den Sozialpartnern Zeit, sich auf neue flankierende Massnahmen zu einigen. Zudem werden sie dadurch ermutigt, ihre politischen Differenzen zu überwinden und neue FlaM einvernehmlich zu entwickeln.

Für eine solche Justierung gibt es einen interessanten historischen Präzedenzfall. Zwischen 1999 und 2008 haben die Schweiz und die EU einen ähnlichen Ansatz erfolgreich angewendet: die schrittweise Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens.

Der zweite Vorschlag des Policy Brief legt der EU nahe, der Schweiz **Garantien** anzubieten, um den drei spezifischen Anliegen Rechnung zu tragen, welche in der Vernehmlassung 2019 hervorgehoben wurden: die Autonomie der Schweizer Lohnschutzpolitik, das duale Lohnkontrollsystem und die Art und Weise der Durchführung dieser Kontrollen. Die Garantien würden die Form von gemeinsamen Erklärungen annehmen, die dem Abkommen hinzugefügt werden. Durch die gemeinsamen Erklärungen würden die besonderen Merkmale des Schweizer Arbeitsmarktes anerkannt.

Diese beiden Vorschläge beruhen auf einer detaillierten Analyse der aktuellen politischen Stimmungslage und sind technisch umsetzbar. Die Umsetzung dieser Vorschläge kann dazu beitragen, in der Schweiz eine politische Mehrheit für die Ratifizierung des institutionellen Abkommens zu schaffen. ●



<sup>English</sup> The future of the institutional agreement between Switzerland and the EU remains uncertain. The consultation conducted by the Federal Council in the first half of 2019 revealed indeed strong domestic criticism. Since then, the dialogue between Bern and Brussels has made little progress.

This policy paper focuses on the main obstacle in the way of a ratification of the institutional agreement: the question of wage protection (primarily the reform of the Swiss flanking measures, which is required by the agreement). It identifies in particular three problems to be addressed in order to reach a political majority in Switzerland: 1) the uncertainties induced by the reform of the flanking measures on the level of wages; 2) the time available for the implementation of the reform, which is too short for Switzerland to develop new flanking measures which are both euro-compatible and effective against wage dumping; 3) specific concerns linked to the particularities of the Swiss labour market and relations between the social partners.

Two proposals would make it possible to deal with these three problems and to find a way out of the current blockage.

Firstly, the EU and Switzerland are invited to **fine-tune** the existing draft institutional agreement. This consists of a step-by-step implementation of the provisions of the agreement relating to wage protection (over ten years instead of the three currently foreseen), a strengthened and continuous monitoring of wage levels by the competent authorities, as well as the possibility for Swiss citizens to decide on a renewal of the institutional agreement after ten years. This fine-tuning makes it possible to minimise as far as possible the uncertainties about the effects of the reform of the flanking measures and to allow sufficient time for the Swiss social partners to agree on a new regime to combat wage dumping. Furthermore, it encourages the social partners to overcome their political differences and to develop this regime in a consensual manner. Such a fine-tuning also has an interesting historical precedent. In fact, Switzerland and the EU have already successfully used a similar approach for the gradual implementation of the Agreement on the Free Movement of Persons between 1999 and 2008.

Secondly, the EU is invited to offer **guarantees** to Switzerland in order to address the three specific concerns identified during the 2019 consultation: respect for Switzerland's autonomy in terms of

wage protection policy, the dual control system, and the modalities of controls. These guarantees take the form of joint declarations to be annexed to the agreement and enable Switzerland to protect the specificities of its labour market.

These two proposals are relevant under the current political conditions. They are technically feasible and can contribute to securing a political majority in Switzerland in favour of the institutional agreement. ●

# 1. Point de situation

A la suite de la levée de boucliers suscitée par la publication du projet d'accord institutionnel, le Conseil fédéral a lancé une grande consultation intérieure au premier semestre 2019.

A la suite de la levée de boucliers suscitée par la publication du projet d'accord institutionnel, le Conseil fédéral a lancé une grande consultation intérieure au premier semestre 2019. À sa clôture, l'exécutif suisse a publié un rapport regroupant les observations des acteurs politiques, sociaux et économiques et soulignant leurs nombreuses réserves<sup>1</sup>. Les critiques se sont particulièrement cristallisées sur le risque d'un affaiblissement de la protection salariale en Suisse, résultant de la concurrence des travailleurs détachés issus de l'UE. D'autres critiques ont également été exprimées sur la reprise possible par la Suisse de la directive européenne sur les droits des citoyens et sur la question des aides d'Etat.

Depuis un échange de lettres assez encourageant entre Berne et Bruxelles en juin 2019<sup>2</sup>, le dialogue n'a guère progressé. L'ajournement de la conclusion de l'accord institutionnel fait pourtant peser

une menace sur la poursuite de la voie bilatérale, patiemment développée depuis 20 ans entre la Suisse et l'UE.<sup>3</sup>

Une analyse de la situation actuelle révèle toutefois qu'une fenêtre d'opportunité politique existe encore pour la conclusion de cet accord. En effet, la Suisse comme l'UE s'accordent sur l'importance de maintenir le dialogue. Côté suisse, un consensus minimal s'est progressivement formé, la majorité des acteurs politiques ayant reconnu la pertinence des réserves émises lors de la consultation, de même que la nécessité de trouver des solutions avec l'UE. Côté européen, il apparaît que la nouvelle Commission européenne fait toujours de la conclusion de cet accord une priorité.<sup>4</sup> En outre, elle a récemment envoyé des signaux positifs à la Suisse.<sup>5</sup>

Pour aller de l'avant, la Suisse doit toutefois obtenir un minimum de certitude que l'accord institutionnel n'affaiblira pas le niveau de protection salariale. En effet, cette certitude est nécessaire à l'obtention d'une majorité politique interne. Or, en l'état, le projet d'accord institutionnel ne répond pas à plusieurs préoccupations exprimées lors de la consultation.

Une renégociation du projet d'accord institutionnel pourrait être envisagée mais cette idée se heurte à la position de l'UE, qui a plusieurs fois rejeté cette option.<sup>6</sup> Toutefois, une certaine flexibilité permettrait à l'Union de conclure positivement un long cycle de négociations avec la Suisse sans changer la substance ni la finalité de l'accord institutionnel (voir encadré 1).

L'exercice proposé par ce *policy paper* est de formuler des propositions réalistes – c'est-à-dire suffisantes pour faire bouger les lignes sur le front intérieur suisse, tout en persuadant l'UE de se montrer accommodante. Dans ce but, cette étude propose à l'UE et la Suisse de procéder à un reparamétrage du protocole 1 de l'accord et à l'UE d'octroyer trois garanties à la Suisse. L'accord ainsi ajusté serait bien plus susceptible d'être conclu par les parties. ●

**Encadré 1****L'accord institutionnel : un traité de "synchronisation"**

Le but de l'accord institutionnel est d'établir un cadre juridique stable dans lequel les relations économiques Suisse-UE peuvent se développer sans friction. Pour ce faire, l'accord institutionnel prévoit de synchroniser les législations suisses avec celles des 30 Etats membres du marché intérieur (UE + EEE/AELE). Il s'agit d'une synchronisation partielle puisqu'elle ne s'appliquerait que dans cinq secteurs où la Suisse participe au marché intérieur de l'UE sur la base des accords bilatéraux suivants : libre circulation des personnes, transport terrestre, transport aérien, commerce de certains produits agricoles, obstacles techniques au commerce. Cette synchronisation implique une

reprise dynamique du droit européen pertinent par la Suisse. Elle serait complétée par des principes d'application et d'interprétation uniformes (reprise par la Suisse de la jurisprudence correspondante de la CJUE). L'accord institutionnel prévoit également un nouveau mécanisme de règlement des différends, sous forme de tribunal arbitral, en cas de désaccords persistants entre la Suisse et l'UE. Enfin, il est prévu que tous les futurs accords d'accès au marché intérieur conclus entre la Suisse et l'UE soient couverts par le champ d'application de l'accord institutionnel – c'est-à-dire synchronisent les réglementations des deux parties dans le secteur concerné.

## 2. En quoi le projet d'accord actuel ne convient pas aux besoins suisses?

Les trois points problématiques soulevés lors de la consultation concernent les domaines couverts par l'accord où l'écart entre les législations européennes et suisses est important et impliquerait des adaptations législatives significatives en Suisse.

Les trois points problématiques soulevés lors de la consultation concernent les domaines couverts par l'accord où l'écart entre les législations européennes et suisses est important et impliquerait des adaptations législatives significatives pour Berne. Dès lors, les réserves exprimées par les milieux suisses concernés sont compréhensibles.

A l'heure actuelle, il existe plusieurs obstacles à la ratification de l'accord institutionnel. Toutefois, l'enjeu de la protection salariale est le plus pressant et est celui dont la résolution contribuerait de la manière la plus décisive au déblocage du dossier. Les deux autres points problématiques, s'ils revêtent une importance considérable pour la Suisse, pourraient néanmoins être traités dans un second temps.<sup>7</sup>

Les difficultés en matière de protection salariale découlent de

l'obligation pour la Suisse de rendre ses mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes<sup>8</sup> compatibles avec le droit de l'UE. Cette réforme est requise par le protocole 1 du projet d'accord institutionnel.<sup>9</sup> Berne et Bruxelles se sont néanmoins accordées sur deux dérogations s'appliquant uniquement à la Suisse. D'une part, l'obligation d'annonce préalable pour les prestataires de services utilisant du personnel détaché demeure mais le délai est réduit de huit à quatre jours (contre un dans l'UE). D'autre part, l'obligation<sup>10</sup> pour tous ces prestataires de déposer une garantie financière (aussi appelée caution) est aussi maintenue mais elle ne s'impose plus qu'aux prestataires ayant déjà commis des irrégularités.<sup>11</sup>

### A l'heure actuelle, il existe plusieurs obstacles à la ratification de l'accord institutionnel.

Une majorité d'experts estiment que les mesures d'accompagnement actuelles sont utiles pour lutter contre la sous-enchère salariale en Suisse.<sup>12</sup> Les conséquences exactes de la réforme requise par le protocole 1 sont difficiles à évaluer. Une entrée en vigueur du projet d'accord en l'état comporte un risque d'affaiblissement de la protection salariale. Sans un minimum de certitude que la protection contre la sous-enchère salariale sera maintenue, la plupart des forces politiques suisses de gauche ne soutiendront très vraisemblablement pas l'accord institutionnel.<sup>13</sup> Or, sans leur soutien, il est peu probable qu'une majorité politique interne se dégage pour ratifier l'accord. Ce serait particulièrement le cas si un référendum était lancé contre l'accord, ce qui est quasiment assuré.<sup>14</sup>

Les auteurs de ce *policy paper* avaient déjà identifié ce problème politique en 2018-19. Ils avaient proposé la création de nouvelles mesures d'accompagnement eurocompatibles pour maintenir une protection salariale efficace.<sup>15</sup> Leurs travaux concluaient que le maintien du niveau de protection salariale était compatible avec l'application de l'accord institutionnel. Ces conclusions ont été remarquées par les milieux concernés.<sup>16</sup>

Toutefois, il faut reconnaître que l'institution de nouvelles mesures d'accompagnement se heurte à des difficultés politiques. Le

système de protection salariale suisse repose sur un consensus politique fragile entre les partenaires sociaux. Les positions politiques des partenaires sociaux sur une possible refonte de ce système demeurent polarisées. Interrogées par les auteurs, plusieurs parties prenantes ont indiqué qu'elles pourraient certes "compenser" l'effet de la réforme des mesures d'accompagnement par l'institution de nouvelles mesures mais qu'une telle entreprise nécessiterait plusieurs années.<sup>17</sup> Même si les partenaires sociaux finissaient par trouver un terrain d'entente, il faudrait encore un certain temps pour que les autorités fédérales et cantonales mettent en place ce nouveau régime de protection salariale.<sup>18</sup>

Cette contrainte temporelle constitue un sérieux écueil. En effet, l'UE presse pour la conclusion rapide du projet d'accord institutionnel, y compris son protocole 1 qui comporte une obligation pour la Suisse de réviser ses mesures d'accompagnement non-eurocompatibles dans un délai de (seulement) trois ans après la ratification de l'accord.<sup>19</sup>

Les incertitudes soulevées par la réforme des mesures d'accompagnement ne sont pas les seules à être préoccupantes. La consultation du Conseil fédéral a aussi mis en évidence trois appréhensions spécifiques liées aux particularités du marché du travail suisse et aux relations entre les partenaires sociaux : la crainte de ne plus pouvoir mener une politique de protection salariale autonome et appropriée aux spécificités de la Suisse, celle de devoir renoncer au système de contrôle dual, et celle de ne pouvoir mener un nombre d'inspections suffisant pour maintenir l'efficacité du système de contrôle.<sup>20</sup>

Ces appréhensions spécifiques ne sont pas prises en considération de manière explicite par le projet d'accord institutionnel actuel. Si elles restent sans réponses, l'obtention d'une majorité politique en Suisse en faveur de l'accord institutionnel en serait compliquée. ●



# 3. Deux propositions pour finaliser le projet d'accord institutionnel

Dans sa lettre au Conseil fédéral de juin 2019, le président de la Commission européenne souligne qu'il attache une grande importance à la lutte contre la sous-enchère salariale.

## 3.1 Contexte des propositions

Dans sa lettre au Conseil fédéral de juin 2019, le président de la Commission européenne souligne qu'il attache une grande importance à la lutte contre la sous-enchère salariale.<sup>21</sup> Cette déclaration n'est pas isolée. De récents signaux montrent que plusieurs acteurs européens sont ouverts à une discussion.<sup>22</sup> Cette attitude pragmatique fait écho aux nouvelles priorités de l'UE en matière de politique sociale (voir encadré 2).

Ce début de convergence en matière de politique sociale, de même que l'ouverture au dialogue affichée par les deux parties, offrent une fenêtre d'opportunité pour répondre aux griefs des acteurs politiques, sociaux et économiques suisses et donc pour conclure l'accord institutionnel. Une telle entreprise est principalement réalisable par un

## Encadré 2

### Une politique sociale de l'UE en pleine évolution

En 2017, l'adoption du socle européen des droits sociaux par les États membres et les institutions européennes a initié une dynamique politique pour renforcer les droits sociaux en Europe. La révision de la directive européenne sur le travail détaché, adoptée en 2018 et qui entrera en vigueur en 2020, consacre le principe "à travail égal, salaire égal, au

même endroit". En 2019, l'UE a établi une Autorité européenne du travail, qui doit superviser et améliorer la mise en œuvre des règles européennes par les États membres. La même année, elle a aussi instauré un congé paternité de minimum deux semaines et rehaussé les règles minimales en matière de conditions de travail.

reparamétrage du projet d'accord actuel, ainsi que par l'octroi par l'UE de garanties à la Suisse.

La section 3.2 présente ce reparamétrage – la proposition clé de ce *policy paper*. Ce reparamétrage est composé de phases de transition et d'une clause de reconduction de l'accord, dont le but est de faciliter le passage de l'actuel au futur régime de protection salariale. A la fin de ces phases de transition, les Suisses prendraient connaissance d'une série d'évaluations relatives à l'application de l'accord institutionnel sur le niveau des salaires. Ils pourraient alors se prononcer sur une reconduction de l'accord en connaissance de cause.

En complément, la section 3.3 présente des garanties que l'UE pourrait offrir pour répondre aux appréhensions spécifiques exprimées en Suisse. Elles ont principalement pour but de faire reconnaître par l'UE certaines particularités politiques, sociales et économiques suisses afin de faciliter l'approbation du projet d'accord institutionnel.

### 3.2 Première proposition : un reparamétrage du protocole 1

L'idée est de modifier le calendrier de mise en œuvre du protocole 1 en proposant une mise en œuvre graduelle avec plusieurs phases de transition. Cette idée s'inspire largement des dispositions de l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes de 1999.<sup>23</sup> A l'époque, la mise en œuvre de certaines dispositions de cet accord posait des problèmes en Suisse. En effet, une partie de l'opinion publique suisse craignait une immigration massive. Cette situation avait amené l'UE et la Suisse à se mettre d'accord sur de longues périodes de transition avant l'application totale de la libre circulation.<sup>24</sup>

### 3.2.1 Une mise en œuvre en quatre paliers du protocole 1

La mise en œuvre par paliers du protocole 1 proposée dans cette section comporte quatre phases transitoires, elles-mêmes séparées par quatre paliers (voir figure 1), selon une logique “crescendo”. Plus précisément, les mesures d'accompagnement actuelles sont réformées pas-à-pas, en commençant par la moins sensible politiquement.

Cette mise en œuvre par paliers est complétée par une clause de renouvellement de l'accord au palier n°4. Cette clause incite les partenaires sociaux à construire le nouveau régime de protection salariale de manière consensuelle. Voici une description détaillée du processus :

**T0** – Entrée en vigueur de l'accord institutionnel. Les dispositions du protocole 1 ne sont pas encore appliquées entre les parties.

- **Phase 1** – Cette première phase transitoire n'entraîne aucun changement juridique pour la Suisse, qui peut conserver ses mesures d'accompagnement actuelles. Sur le plan interne, des discussions structurées entre les partenaires sociaux sont lancées pour négocier la mise en place de nouvelles mesures d'accompagnement eurocompatibles.

**T+2 ans, palier n°1** – Deux ans après la date d'entrée en vigueur de l'accord institutionnel, deux premières mesures sont adoptées. Premièrement, la Suisse adapte la règle de l'obligation d'annonce préalable de huit jours. Un nouveau délai d'annonce de quatre jours ouvrables est institué dans les secteurs à risque. Le choix de commencer par cette réforme en particulier tient au fait qu'elle est considérée comme la moins problématique par les partenaires sociaux suisses.<sup>25</sup>

Deuxièmement, la Suisse est intégrée au système d'information du marché intérieur de l'UE (IMI). Le système IMI est une base de données paneuropéenne connectant les autorités régionales et nationales en Europe et qui leur permet de partager des informations importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur. Le système IMI permet notamment aux Etats d'échanger des informations sur les entreprises de travail détaché, ainsi que de demander l'exécution des sanctions par les autorités du pays d'origine en cas de violations.<sup>26</sup> L'intégration anticipée<sup>27</sup> de la Suisse dans le système IMI permettra

aux autorités compétentes de se familiariser avec l'outil afin de pouvoir l'exploiter au maximum de son potentiel à la fin du palier n°3.

- **Phase 2** – Ce premier palier est suivi d'une deuxième période transitoire de deux ans permettant un nombre suffisant d'observations et une analyse objective des effets sur le marché du travail suisse. Les institutions de surveillance du marché du travail rendent public leurs rapports – renforcés par rapport à ceux existant aujourd'hui<sup>28</sup> – et leurs conclusions sur l'augmentation ou non de la sous-enchère salariale. Ceux-ci nourrissent la réflexion des partenaires sociaux sur la constitution de nouvelles mesures d'accompagnement eurocompatibles.

**T+4 ans, palier n° 2** – Quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'accord institutionnel, la Suisse abroge l'obligation de versement d'une caution généralisée. Le déboursement de la caution devient obligatoire uniquement pour les entreprises ayant déjà violé les règles s'appliquant au travail détaché en Suisse dans les secteurs à risque. Selon les partenaires sociaux, l'obligation généralisée du versement d'une caution joue un rôle significatif dans l'arsenal des mesures d'accompagnement actuelles.<sup>29</sup> C'est la raison pour laquelle sa réforme doit être différée par rapport à la règle de l'obligation d'annonce préalable de huit jours.

- **Phase 3** – Ce deuxième palier est suivi d'une troisième période transitoire de trois ans permettant un nombre suffisant d'observations et une analyse objective des effets sur le marché du travail suisse. Les institutions de surveillance du marché du travail rendent public leurs rapports et leurs conclusions sur l'augmentation ou non de la sous-enchère salariale. Ceux-ci nourrissent la réflexion des partenaires sociaux sur la constitution de mesures internes eurocompatibles.<sup>30</sup> Durant cette période transitoire, les partenaires sociaux s'accordent sur un nouveau régime complet de protection salariale eurocompatible aussi efficace que le précédent. Le nouveau régime des mesures d'accompagnement devient réalité sept ans après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel.

**T+7 ans, palier n° 3** – Sept ans après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel, la Suisse dispose ainsi d'un nouveau régime de mesures d'accompagnement pleinement eurocompatible. C'est seulement à ce moment précis que les directives européennes relatives au travail détaché, ainsi que la jurisprudence associée de la Cour de justice de l'UE, deviennent applicables en Suisse. De même, le système IMI devient officiellement opérationnel en Suisse.

- **Phase 4** – Ce dernier palier est suivi d'une nouvelle période de trois ans permettant un nombre suffisant d'observations et une analyse objective des effets sur le marché du travail suisse. A nouveau, les institutions de surveillance du marché du travail rendent public leurs rapports et leurs conclusions. Ceux-ci nourrissent la réflexion des partenaires sociaux quant à l'opportunité de perfectionner le nouveau régime de protection salariale en vigueur. A partir de cette phase, la Suisse doit appliquer l'accord institutionnel dans son intégralité, même si cela devait conduire à davantage de sous-enchère salariale. Une telle augmentation pourrait survenir si les nouvelles mesures d'accompagnement eurocompatibles ne se révélaient pas aussi protectrices que les précédentes. C'est la raison pour laquelle une voie de sortie est nécessaire : une clause de renouvellement permettant aux Suisses de décider s'ils veulent sortir de l'accord institutionnel dans son ensemble.

**T+10 ans, palier n° 4** – 10 ans après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel, la Suisse décide si elle renouvelle l'accord institutionnel ou pas. Sur la base de dix ans d'évaluation des effets de l'accord, dont trois ans avec l'intégralité du nouveau régime, les Suisses pourraient prendre une décision par référendum en toute connaissance de cause.

L'idée d'un renouvellement final provient, une fois de plus, de l'accord sur la libre circulation, qui prévoyait que l'accord ne fût conclu que pour une période initiale de sept ans et reconduit tacitement sauf si l'une des parties en décidait autrement avant la fin de cette période.<sup>31</sup>

Dans le cas d'espèce, une disposition quasi identique pourrait être intégrée au projet d'accord institutionnel. La disposition stipulerait que l'accord institutionnel est conclu pour une période initiale

de 10 ans et reconduit tacitement sauf si l'une des parties en décidait autrement avant la fin de cette période initiale. Cette modification permettrait à toute force politique suisse insatisfaite des effets de l'accord de lancer un référendum contre sa reconduction.

### 3.2.2 *Avantages du reparamétrage proposé*

L'un des principaux avantages d'une mise en œuvre par paliers est de permettre une analyse fine sur un temps suffisamment long pour apprécier objectivement les effets d'une refonte du régime de protection salariale suisse. Une réforme pas-à-pas des mesures d'accompagnement actuelles permet d'analyser ses effets sur le marché du travail de manière désagrégée.<sup>32</sup> Une telle analyse réduit donc les incertitudes quant aux effets de la réforme et permet aux partenaires sociaux et aux autorités compétentes de façonner et de perfectionner les nouvelles mesures d'accompagnement.

**Une réforme pas-à-pas des mesures d'accompagnement actuelles permet d'analyser ses effets sur le marché du travail de manière désagrégée.**

Une mise en œuvre par paliers du protocole 1 offre aussi un calendrier de négociation optimal entre les partenaires sociaux suisses. En effet, elle ne les place pas immédiatement "au pied du mur" et contribue à établir les conditions d'une discussion constructive entre eux. Le but est de faciliter l'émergence d'un consensus sur la création d'un nouveau régime de mesures d'accompagnement eurocompatible et efficace.

Comme expliqué, cette mise en œuvre graduelle est complétée par un renouvellement de l'accord institutionnel. Sans cette "voie de sortie" de l'accord 10 ans après sa conclusion, les négociations entre partenaires sociaux, dont les positions demeurent polarisées, risqueraient de piétiner. La menace du lancement d'un référendum de reconduction inciterait les partenaires sociaux à s'accorder – comme

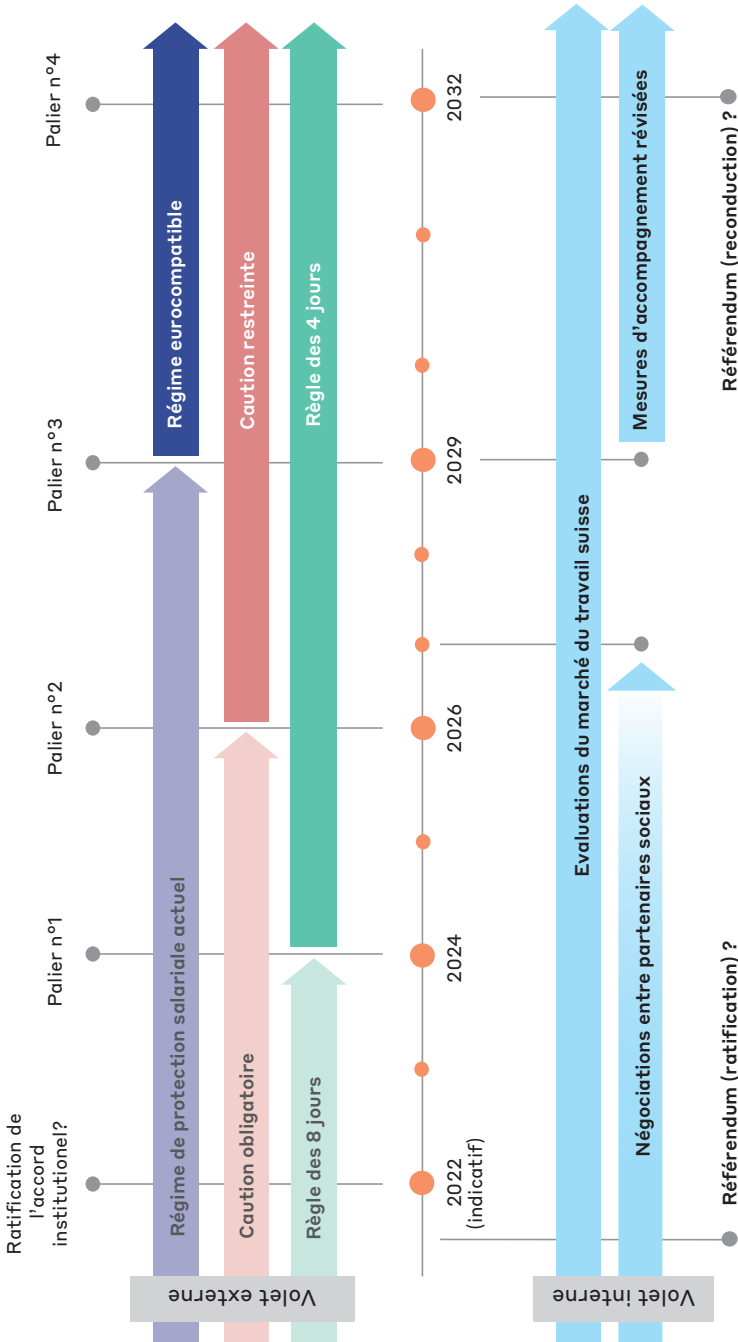


FIGURE 1 : Une mise en vigueur graduelle et à l'essai

ils ont réussi à le faire au début des années 2000 avec les premières mesures d'accompagnement.

On pourrait certes objecter qu'une clause de renouvellement fait peser un risque important sur l'avenir de la voie bilatérale entre la Suisse et l'UE. Il est vrai qu'une non-reconduction déclencherait deux "clauses guillotine", similaires à celle des accords bilatéraux I.<sup>33</sup> La première stipule que tous les accords d'accès au marché conclus postérieurement à l'accord institutionnel prendraient automatiquement fin en même temps. La seconde donne trois mois aux parties pour statuer sur la poursuite des cinq accords bilatéraux encadrés par l'accord institutionnel.<sup>34</sup> Ceci étant dit, la voie bilatérale est régulièrement remise en question par référendum, tout en étant à chaque fois réaffirmée par le peuple suisse, comme le révèlent les scrutins organisés ces dernières années.<sup>35</sup> Ce risque est donc inhérent à la politique suisse.

**Sans ce reparamétrage, un enlisement dont l'issue pourrait être fatale au projet d'accord institutionnel est possible.**

Bien évidemment, une limite propre à ce reparamétrage est son acceptabilité pour l'UE. Comme avancé dans le chapitre 1, Bruxelles a répété que le projet d'accord institutionnel était définitif et qu'il ne serait pas renégocié. Le protocole 1 faisant partie intégrante de l'accord<sup>36</sup>, son reparamétrage contreviendrait donc à ces déclarations. La position de l'UE est compréhensible compte tenu de la longueur des négociations.<sup>37</sup> Toutefois, il faut noter que l'UE a parfois tenu des déclarations similaires par le passé avant de nuancer un peu sa position.<sup>38</sup> Bien que chaque négociation soit unique, ces précédents révèlent que l'UE peut faire preuve d'une certaine flexibilité si cela permet d'entrevoir une conclusion. Les récents signaux positifs émis par deux grands Etats membres de l'UE<sup>39</sup> laissent à penser que Bruxelles serait disposée à envisager un tel scénario.



Sans ce reparamétrage, un enlisement dont l'issue pourrait être fatale au projet d'accord institutionnel est possible.<sup>40</sup> Du point de vue de l'UE, une mise en œuvre graduelle du protocole 1 aurait l'inconvénient de repousser à plus tard l'alignement de la Suisse sur le droit européen dans un domaine qui lui tient à cœur. Ceci ne devrait toutefois pas faire perdre de vue un point essentiel : à terme, la Suisse reprendrait toutes les dispositions du projet d'accord actuel, sans exception. Pour l'UE, une conclusion relativement rapide des négociations accompagnée d'une mise en œuvre graduelle du seul protocole 1 est sans doute préférable à un enlisement.

### 3.3 Deuxième proposition : trois garanties de l'UE

Le chapitre 2 a mis en évidence trois appréhensions plus spécifiques des acteurs politiques, sociaux et économiques suisses liées aux particularités du marché du travail suisse et aux relations entre les partenaires sociaux. Cette section propose, par conséquent, trois garanties que l'UE pourrait offrir afin de "dissiper les doutes" relatifs à la question de la protection salariale, pour reprendre l'offre de Jean-Claude Juncker. Juridiquement, ces trois garanties prendraient la forme de *déclarations conjointes*<sup>41</sup> Suisse-UE annexées au projet d'accord.<sup>42</sup>

La sous-section 3.3.1 en présente le contenu, tandis que la sous-section 3.3.2 s'arrête plus en détail sur leur forme et leurs implications juridiques.

#### 3.3.1 Contenu des trois garanties

Les déclarations conjointes correspondant aux trois propositions de garanties sont présentées et commentées successivement ci-dessous.

### Garantie #1

#### Déclaration conjointe sur l'autonomie de la Confédération helvétique en matière de protection salariale

Les parties contractantes reconnaissent les spécificités du marché du travail suisse, notamment les risques accrus de sous-enchère salariale. Elles déclarent que l'accord institutionnel ne restreint pas le pouvoir souverain de la Confédération helvétique d'adopter et de mettre en œuvre une politique de protection salariale autonome, y compris des mesures d'accompagnement

non explicitement prévues par le droit de l'UE, pour autant que celles-ci soient proportionnées, non-discriminatoires et objectivement fondées, conformément à l'accord institutionnel et au droit de la libre circulation des personnes, en particulier l'Art. 9 para. 2 de la Directive 2014/67/UE et l'Art. 1 para. 4 de la Directive 2018/957/UE.

### Garantie #2

#### Déclaration conjointe sur les spécificités de la Confédération helvétique en matière d'organisation de son marché du travail

Les parties contractantes déclarent que l'accord institutionnel ne remet pas en cause le système dual de contrôle du marché du travail de la Confédération helvétique, ni des prérogatives des partenaires sociaux en la matière. En particulier, l'accord institutionnel respecte l'autonomie des partenaires

sociaux et de leurs commissions paritaires ainsi que leurs compétences en matière de définition des conditions de travail (conventions collectives de travail), d'inspections et de sanctions, conformément à l'Art. 10 para. 4 de la Directive 2014/67/UE.

### Garantie #3

#### Déclaration conjointe sur l'autonomie des autorités compétentes suisses en matière de contrôle du marché du travail

Les parties contractantes déclarent que les autorités compétentes suisses définissent de manière autonome les secteurs à risque nécessitant des contrôles, sur la base de critères objectifs, quantitatifs et fondés sur des données probantes. Elles peuvent notamment identifier comme secteurs à risque ceux

pour lesquels le recours aux travailleurs détachés pour la prestation de services sur leur territoire est particulièrement fréquent, ou ceux avec des chaînes de sous-traitants particulièrement longues, conformément à l'Art. 10 para. 1 de la Directive 2014/67/UE.

**Garantie #1 – Une politique de protection salariale autonome**

La mise en œuvre par paliers proposée dans la section 3.2 reconnaît implicitement le droit de la Suisse d'adopter de nouvelles mesures d'accompagnement. Néanmoins, la crainte de ne plus pouvoir mener une politique de protection salariale autonome a été un des principaux retours des acteurs politiques, économiques et sociaux suisses lors de la consultation de 2019<sup>43</sup> et dans le débat public qui en a suivi.<sup>44</sup> Cette inquiétude a notamment été alimentée par l'utilisation malheureuse du terme "abroger" dans les conclusions de février 2019 du Conseil sur les relations Suisse-UE, dans lesquelles les Etats membres de l'UE demandaient "instamment à la Suisse [...] d'abroger ou de modifier les mesures d'accompagnement [...]".<sup>45</sup> Cette préoccupation est d'autant plus justifiée que le marché du travail suisse se distingue par plusieurs particularités : niveau des salaires nettement plus élevé que dans les pays limitrophes, nombre important de travailleurs détachés, risque élevé de sous-enchère salariale.<sup>46</sup>

Face à ce débat polarisé et émotionnel, ce *policy paper* propose à l'UE d'envoyer un signal politique fort pour répéter un point essentiel de l'accord institutionnel. L'UE garantirait à la Suisse le droit de créer des nouvelles mesures d'accompagnement si elle le souhaite, y compris des mesures non prévues explicitement par le droit européen. Cette autonomie connaîtrait toutefois des limites, qui sont données par les principes de base du marché intérieur : la prohibition de discriminations basées sur la citoyenneté ou l'origine et la proportionnalité des mesures prises.<sup>47</sup>

**Garantie #2 – Le respect du partenariat social helvétique**

La paix du travail qui règne en Suisse est en grande partie fondée sur le modèle suisse de partenariat social : employeurs et employés s'accordent sur les conditions de travail dans une branche ou une entreprise sans quasiment aucune intervention du législateur. Leur accord est fixé dans une convention collective de travail (CCT).<sup>48</sup>

Les partenaires sociaux craignent que l'accord institutionnel mette en danger la validité de ce système dual et leurs prérogatives en matière de contrôle de marché du travail.<sup>49</sup> Le projet d'accord actuel ne fait aucune mention des éléments fondateurs du partenariat social à la suisse, comme les CCT ou les commissions paritaires

syndicats-patronat, dont le but est de surveiller et contrôler l'application des CCT.

Comme le projet d'accord institutionnel n'aborde pas explicitement les caractéristiques du partenariat social suisse, il est proposé que l'UE garantisse que la reprise des directives sur le travail détaché ne remettra pas en cause ces spécificités. Cette garantie permettra de répondre directement à une des préoccupations majeures des partenaires sociaux.

### **Garantie #3 – Un dispositif de contrôle efficace contre la sous-enchère salariale**

La question de l'intensité des contrôles, qui a fait l'objet de vives discussions en Suisse<sup>50</sup>, n'est pas explicitement traitée dans le projet d'accord institutionnel. Les rapports du SECO, qui indiquent que des irrégularités en matière de salaires ont été constatées dans 25% des inspections<sup>51</sup>, suggèrent qu'un niveau de contrôle élevé est nécessaire pour garantir un dispositif efficace de protection salariale.

**Pour les partenaires sociaux, il est important que la Suisse puisse continuer à disposer de contrôles à l'intensité élevée.**

Pour les partenaires sociaux, il est important que la Suisse puisse continuer à disposer de contrôles à l'intensité élevée. Ceci, afin de garantir l'efficacité des mesures d'accompagnement. Pour l'UE, toutefois, il est important que ces contrôles soient menés aux seules fins d'une protection salariale efficace. Bruxelles craint en effet que ceux-ci soient ou deviennent des tracasseries administratives visant à limiter la liberté de fournir des services (en d'autres termes, des mesures protectionnistes déguisées).

Comme les auteurs l'ont déjà souligné dans leurs précédents travaux<sup>52</sup>, ces deux demandes offrent suffisamment de marge de manœuvre pour un compromis mutuellement satisfaisant. Ce compromis se fonderait sur un principe d'égalité d'importance pour les parties : celui de mener des contrôles sur le marché de travail sur la base

d'une "analyse objective des risques" (principe mentionné quatre fois dans le protocole 1).<sup>53</sup>

Sur la base de ce consensus, il est proposé que l'UE garantisse que les autorités suisses en charge du contrôle (pouvoirs publics et/ou partenaires sociaux, en fonction des cantons et des cas de figure) conservent leur pleine autonomie avec l'accord institutionnel. Cette autonomie englobe autant la conduite de l'analyse des risques que l'exécution des contrôles proprement dits. En contrepartie, la Suisse s'engage à ce que ces contrôles ne soient pas discriminatoires envers des citoyens ou entreprises de l'UE et qu'ils soient menés proportionnellement aux risques identifiés lors de l'analyse.

Sur la base de ce consensus, il est proposé que l'UE garantisse que les autorités suisses en charge du contrôle (pouvoirs publics et/ou partenaires sociaux, en fonction des cantons et des cas de figure) conservent leur pleine autonomie avec l'accord institutionnel.

Il faut souligner que les limites fixées par le principe européen de non-discrimination n'empêchent pas des contrôles ciblés dans des secteurs où le risque de sous-enchère salariale est élevé. En effet, cette garantie spécifie que les secteurs où le recours au travail détaché est plus important peuvent être contrôlés davantage s'il est établi qu'ils sont plus à risque. Il en va de même pour les secteurs où les chaînes de sous-traitants sont particulièrement longues. La mise en œuvre de contrôles renforcés dans ces domaines ne serait donc pas considérée comme discriminatoire au regard du droit de l'UE.

### 3.3.2 *Forme choisie pour les garanties*

Le choix de la *déclaration conjointe* pour formaliser ces trois garanties de l'UE offre un avantage décisif en ce qu'il permet un ajout à l'accord sans que celui-ci ne doive être rouvert pour négociations. Ceci permettrait ainsi de limiter la réouverture de l'accord au reparamétrage des modalités d'entrée en vigueur de l'accord, sans toucher à la

substance de celui-ci.

On pourrait certes objecter qu'une déclaration conjointe n'est pas un instrument juridique contraignant, contrairement, par exemple, à un protocole additionnel. Néanmoins, les trois déclarations proposées ci-dessus ont l'avantage d'être *conjointes*, c'est-à-dire qu'elles sont adoptées par toutes les parties à l'accord. Contrairement à une déclaration unilatérale, une déclaration conjointe constitue une *interprétation authentique* de l'accord. Par conséquent, elle a des effets juridiques réels et doit être prise en compte par le tribunal arbitral et la Cour de justice de l'UE dans le cadre d'un éventuel règlement des différends entre les parties.

La portée juridique de ces trois garanties proposées est encore renforcée par une spécificité : toutes trois se réfèrent explicitement à des dispositions du droit de l'UE sur le travail détaché (directives 2014/67/UE et 2018/957/UE<sup>54</sup>). L'annexe A présente les dispositions du droit de l'UE auxquelles les déclarations conjointes se réfèrent. Comme la Suisse devra reprendre ces directives (sept ans après l'entrée en vigueur de l'accord, dans notre proposition), ces références explicites permettent à la Suisse et à l'UE de s'accorder en avance sur la signification et l'interprétation de règles communes particulièrement importantes à la lumière du contexte suisse.

Ce faisant, la Suisse bénéficierait d'une sécurité juridique accrue. Comme les déclarations conjointes constituent du droit international, et non du droit de l'UE, leur contenu n'est pas soumis aux principes d'application et d'interprétation uniformes établis par l'accord institutionnel et demeure en principe hors de la juridiction de la Cour de Justice de l'UE.<sup>55</sup> En outre, en pratique, les tribunaux arbitraux du type de celui prévu par l'accord institutionnel prennent dûment en compte ces déclarations dans leur interprétation d'un accord international. ●

## 4. Conclusions

Les propositions développées dans ce *policy paper* ont été réalisées dans un esprit pragmatique et constructif afin de débloquer la négociation sur l'accord institutionnel.

Les propositions développées dans ce *policy paper* ont été réalisées dans un esprit pragmatique et constructif afin de débloquer les négociations sur l'accord institutionnel. Les propositions s'adressent à l'UE et la Suisse. Elles visent à fournir des pistes de solutions précises au problème actuellement central de la protection salariale. En se basant notamment sur les informations récoltées lors d'une série d'entretiens avec des représentants des partenaires sociaux et du monde politique suisse, les auteurs considèrent que leurs propositions sont politiquement réalisables et susceptibles de lever les réserves d'acteurs clés, ce qui permettrait d'envisager une ratification de l'accord institutionnel.<sup>56</sup>

Ce *policy paper* propose un reparamétrage du protocole 1 et l'ajout de trois garanties au projet d'accord institutionnel actuel. L'UE et la Suisse sont invitées à reparamétrer le protocole 1 de l'accord

en s'accordant sur sa mise en œuvre par paliers. Une telle mise en œuvre ouvre la voie au perpétuement d'un dispositif efficace de lutte contre la sous-enchère salariale en Suisse. Sur la base des observations faites pendant les périodes de transition nouvellement créées, les partenaires sociaux suisses disposent d'assez d'informations et de temps pour s'accorder sur un nouveau régime de protection salariale. Une clause de reconduction de l'accord institutionnel complète la proposition. Cette clause vise à inciter les partenaires sociaux à surmonter leurs différences politiques et à parvenir à un consensus sur ce nouveau régime. En effet, faute d'accord entre eux, l'avenir de la voie bilatérale entre la Suisse et l'UE serait en péril.

L'octroi de garanties par l'UE permettrait de dissiper les appréhensions spécifiques liées aux particularités du marché du travail suisse et aux relations entre les partenaires sociaux. Prenant la forme de déclarations conjointes, elles s'ajoutent au projet d'accord et répondent à des préoccupations légitimes d'acteurs clés en Suisse. La ratification du projet d'accord institutionnel en serait alors facilitée.

L'histoire des relations entre la Suisse et l'UE nous enseigne que le succès d'une négociation n'est jamais garanti. En effet, les contraintes politiques et économiques qui pèsent sur Berne sont particulières et nécessitent souvent des accommodements politiques tout aussi particuliers. Ces accommodements exigent certes une volonté politique des deux parties. Toutefois, cette volonté n'est pas toujours suffisante pour trouver des solutions praticables. Elle doit parfois être complétée par une dose de créativité. Le résultat de plusieurs négociations bilatérales (en particulier les Bilatérales I et II) tend à démontrer que seules des solutions créatives – et souvent de dernière minute – permettent aux parties de trouver un terrain d'entente. A ce titre, il est aussi utile de se souvenir qu'une entrée en vigueur graduelle (et réversible) s'est révélée être une formule gagnante sur la question, fort émotionnelle, de l'application de la libre circulation des personnes en Suisse.<sup>57</sup> Il reste à espérer que la "volonté créative" qui a caractérisé les négociations bilatérales passées pourra inspirer les négociateurs suisses et européens d'aujourd'hui. ●



# Notes de fin de document

- 1 Conseil fédéral (2019a), "Rapport sur les consultations relatives à l'accord institutionnel entre la Suisse et l'Union européenne", 7 juin : <https://bit.ly/2sirtoq>.
- 2 En réaction aux demandes du Conseil fédéral, l'ancien président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, s'est déclaré prêt à "dissiper les doutes" existants. Voir : Conseil fédéral (2019b), "Lettre adressée à Jean-Claude Juncker, Président de la Commission européenne", 7 juin : <https://bit.ly/2PbaU6Q> ; Jean-Claude Juncker (2019), "Lettre adressée à Ueli Maurer, Président de la Confédération helvétique", 11 juin : <https://bit.ly/2PbbUrC>.
- 3 La Suisse pourrait se retrouver dans une situation où certains accords bilatéraux pourraient ne plus être adaptés, Il est aussi possible que la Suisse s'expose à des rétorsions de la part de l'UE. Ce fut déjà le cas en juillet 2019 lorsque l'UE décida de ne pas renouveler une équivalence boursière à la Suisse.
- 4 Christoph Schmutz (2019), "Die Schweiz bleibt in Brüssel auch unter Ursula von der Leyen Chefsache", NZZ, 21 novembre : <https://bit.ly/2tp7llb>.
- 5 Echo der Zeit (2019), "EU-Kommissar Johannes Hahn schlägt mildere Töne an", SRF, 19 décembre : <https://bit.ly/379EwYD>.
- 6 Voir la lettre de Johannes Hahn, commissaire en charge des relations avec les pays voisins de l'UE, à Jean-Claude Juncker du 17 juin 2019 : <https://bit.ly/2RWIXmj>.
- 7 Il s'agit de la reprise de la directive sur les droits des citoyens et de la question des aides d'Etat. Concernant la question de la reprise de la directive sur les droits des citoyens, le Conseil fédéral estime que le projet d'accord actuel ne comporte aucune obligation pour la Suisse de reprendre ladite directive dans l'ordre juridique suisse. L'UE estime le contraire. Cette différence d'appréciation n'est pas nécessairement de nature à empêcher la conclusion de l'accord institutionnel. En effet, la question pourra être tranchée à un stade ultérieur, dans le cadre de la nouvelle procédure de règlement des différends prévue par l'accord institutionnel. S'agissant de la question des aides d'Etat, le régime suisse comporte plusieurs incompatibilités avec celui de l'UE. Toutefois, la conclusion de l'accord institutionnel ne devrait pas immédiatement affecter le droit suisse. La transition du régime suisse des aides d'Etat vers un système eurocompatible devrait intervenir plus tard, lorsque la Suisse et l'UE concluront de nouveaux accords d'accès au marché. Quant à la reprise des règles sur les aides d'Etat pour le commerce des biens industriels, elle est conditionnée à une révision de l'accord de libre-échange de 1972. Ce n'est qu'en suite que la Suisse devrait adapter son régime d'aides d'Etat (Conseil fédéral (2018), "Texte du projet de l'accord institutionnel, 23.11.2018", 7 décembre, p. 31: <https://bit.ly/2RRgPjr>).
- 8 Ces mesures d'accompagnement sont constituées de plusieurs règles : extension facilitée des conventions collectives de travail, édicton de contrats-type de travail, etc. Seules deux mesures seraient incompatibles avec le droit européen : obligations d'annonce préalable de huit jours et de versement d'une caution pour les prestataires de services employant des travailleurs détachés en Suisse.
- 9 Le droit européen est constitué principalement de deux directives européennes sur les travailleurs détachés et de leur jurisprudence associée : 2014/67 (Union européenne (2014), "Directive 2014/67", 15 mai : <https://bit.ly/35eWs3i>) et 2018/957 (Union européenne (2018), op.cit.). La directive de 2018 révisé et renforce la première directive sur le travail détaché de 1996 : "Directive 96/71", 16 décembre : <https://bit.ly/2M2wNDo>). La directive de 2014 définit le type de mesures d'accompagnement que les Etats participant au marché intérieur de l'UE peuvent adopter. Sur la base des traités européens et de la directive 96/71/CE, la CJUE a développé une jurisprudence dont les arrêts les plus importants sont Commission/Luxembourg du 21 octobre 2004 (C-445/03), Commission/

Allemagne du 19 janvier 2006 (C-244/04), Čepelnik du 13 novembre 2018 (C-33/17) et Maksimovic du 12 septembre 2019 (C-64/18, C-140/18, C-146/18 et C-148/18).

10 Cette obligation dépend des dispositions de conventions collectives de travail (CCT) suisses.

11 Conseil fédéral (2018), op.cit., p.16.

12 Voir : Secrétariat d'état à l'économie (2019) "Rapport FlaM 2018. Mise en œuvre des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne. Rapport d'exécution", 23 mai : <https://bit.ly/38xTAAP>.

13 Conseil fédéral (2019a), op.cit., p. 10. Suite à plusieurs consultations privées menées avec des représentants des partenaires sociaux au cours de l'automne 2019, les auteurs de ce policy paper estiment que ces conclusions sont toujours d'actualité.

14 L'USS a déjà menacé de lancer un référendum : Union syndicale suisse (2019) "Accord cadre et mesures d'accompagnement : positions de l'USS", 13 mars : <https://bit.ly/34ayvJj>. A défaut, ce serait l'Union démocratique du centre (UDC) qui attaquerait l'accord par voie référendaire.

15 Cenni Najj, Darius Farman et Wailea Zuelch (2019), "Mesures d'accompagnement et accord institutionnel. 10 propositions pour construire un consensus interne en vue d'un accord institutionnel", foras, 2 mars : <https://bit.ly/2t5m6JA>; Corina Gredig et Frédéric Maurer (2018), "Gesucht: Eine Zauberformel für das Rahmenabkommen. Mit einer Schutzklausel für die flankierenden Massnahmen zum Verhandlungsabschluss", glp-lab : <https://bit.ly/2suWWnj>. Ces travaux proposaient essentiellement l'institution de mesures internes compensant la réforme des mesures d'accompagnement.

16 Voir par exemple Pascal Jeannerat et Rouven Gueissaz (2019), "Le PS entrouvre une porte à l'accord cadre avec l'Union européenne", RTS, 4 mars : <https://bit.ly/2MP66IU>.

17 Ces propos ont été recueillis fin 2019 par les auteurs, tant dans le camp patronal que syndical.

18 Le mode de prise de décision des institutions suisses est consensuel et donc lent. Les premières mesures d'accompagnement mises en place à la suite de l'accord sur la libre circulation des personnes a nécessité sept ans pour être mis sur pied. Les discussions entre partenaires sociaux ont débuté en 1996. Le dispo-

sitif n'est entré en vigueur qu'en 2003. Voir : Esther Mamarbachi (1996), "Libre circulation des personnes : silence, on négocie", Journal de Genève, 29 mai : <https://bit.ly/2LOsnzS>; Conseil fédéral (2003), "Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét.)", 21 mai : <https://bit.ly/2LPkmm>.

19 Conseil fédéral (2018), op.cit., protocole 1.

20 Conseil fédéral (2019a), op.cit., p. 17.

21 Jean-Claude Juncker (2019), op.cit.

22 Les auteurs ont recueilli plusieurs de ces signaux lors de leurs consultations avec diverses parties prenantes européennes.

23 Conseil fédéral (1999), "Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres d'autres part, sur la libre circulation des personnes", 21 juin, art. 10 : <https://bit.ly/2Eocjkw>.

24 Dieter Grossen (2001), "Appréciation politique de l'accord sur la libre circulation des personnes", in Daniel Felder et Christine Kaddous, Accords bilatéraux I Suisse-UE, commentaires, Bruylant, Bruxelles, pp.264-65.

25 Voir notamment cette interview de Pierre-Yves Maillard : Ruedi Studer (2019), "Bei der Acht-Tage-Regel sind wir flexibel", Blick, 12 décembre : <https://bit.ly/2RjSPyz>.

26 Union européenne (2014), op.cit. Voir aussi le rapport de la Commission sur cette directive et le système IMI : Commission européenne (2019), "Report from the Commission [...] on the application and implementation of Directive 2014/67/EU [...]]", 25 septembre : <https://bit.ly/34udOli>.

27 Le protocole 1 du projet d'accord actuel prévoit en effet une intégration de la Suisse dans le système IMI au maximum trois ans après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel pour une utilisation immédiate.

28 Il est utile de rappeler ici qu'il existe déjà un rapport annuel publié par le SECO (voir : Secrétariat à l'économie (2019), op.cit.). Cette publication offre un très bon tour d'horizon sur la situation de la sous-enchère salariale en Suisse. Toutefois, elle pourrait être encore affinée. Par exemple, elle pourrait proposer une différenciation entre les violations graves et les irrégularités mineures constatées par les organismes de contrôle.

29 Voir notamment : Marco Taddei (2019), "Mesures d'accompagnement : des obstacles surmontables", 3 mars : <https://bit.ly/36qEcEr>.

30 Voir note 13.

31 Conseil fédéral (1999), op.cit., art. 25 para. 2.

- 32 L'effet de la réforme de chaque mesure d'accompagnement non-eurocompatible (obligation d'annonce préalable et caution) sur le niveau de sous-enchère salariale pourrait être évalué séparément.
- 33 Conseil fédéral (2018), op.cit., art. 22 para. 2.
- 34 Pour une présentation détaillée des clauses guillemées des accords Suisse-UE, voir : Darius Farman (2019), "Accord institutionnel et clauses guillemées – une impression de déjà-vu?", forasBlog, 1er février : <https://bit.ly/34qOLGf>.
- 35 Voir : René Schwok (2015), "Suisse-Union européenne, l'adhésion impossible?", Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, p. 45
- 36 Conseil fédéral (2018), op.cit., art. 1.
- 37 Pour rappel, la question de l'accord institutionnel a été mise à l'agenda par l'UE en 2008. Les négociations commencées en 2014 ont duré 32 rounds. Voir : Othmar von Matt, "Wer lügt – die EU oder die Schweiz? Der Streit um das Lohnschutz-Protokoll 1", Aargauer Zeitung, 28 juin : <https://bit.ly/34q1rP>.
- 38 Cela a particulièrement été le cas pour l'accord de retrait conclu en novembre 2018 avec le Royaume-Uni. En septembre 2019, l'UE a accepté de rouvrir les négociations avec le Royaume-Uni et de modifier un de ses protocoles. L'accord ainsi modifié a obtenu l'aval du parlement britannique qui, jusque-là, bloquait sa ratification, résolvant par là même la problématique de la sortie du Royaume-Uni.
- 39 Voir notamment l'interview des ambassadeurs de France et d'Allemagne : Ladina Triaca et Sermin Faki (2020), "Die Schweiz muss jetzt auf die EU zugehen", Blick, 13 janvier : <https://bit.ly/3aavzAH>.
- 40 Cet enlèvement est d'autant plus plausible que des voix s'élèvent pour demander que la Suisse attende la résolution du Brexit avant de procéder à la conclusion de l'accord institutionnel (voir notamment : Michael Ambühl et Daniela Scherer (2019), "Ein Interimsabkommen könnte den Rahmenvertrag mit der EU retten", NZZ, 25 novembre : <https://bit.ly/38AntQH>).
- 41 Dans ce papier, une déclaration conjointe est définie comme un instrument annexe à un traité, dont le but est d'interpréter ou d'expliquer le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions, et conjointement adopté par les parties au traité. Voir : Commission de droit international (2011), "Guide de la pratique sur les réserves aux traités", Organisation des Nations Unies : <https://bit.ly/38K4LGA>.
- 42 A noter qu'il existe déjà trois déclarations dans le projet d'accord institutionnel actuel. Ces déclarations portent respectivement sur "les accords liés au commerce", sur "la cohésion" et sur "l'intégration de l'annexe X sur les dispositions considérées comme nécessaires, au sens de l'article 8B paragraphe 6 premier tiret, pour l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien dans cet accord". A titre d'exemple, l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) en compte 32. Voir : European Free Trade Association (2019), "Final Act to the EEA Agreement" : <https://bit.ly/2YVgVbi>.
- 43 Conseil fédéral (2019a), op.cit., pp. 13, 17.
- 44 Ruedi Studer (2019), Blick, op.cit.
- 45 Si le Conseil mentionne l'abolition ou la modification des mesures d'accompagnement comme deux moyens possibles pour la Suisse de se conformer à l'accord sur la libre circulation des personnes, les débats en Suisse ont porté sur l'abolition. Voir : Conseil de l'Union européenne (2019), "Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec la Confédération suisse", 19 février : <https://bit.ly/2SkXc3w>.
- 46 Union syndicale suisse (USS) (2018), "Positions sur les mesures d'accompagnement", juin : <https://bit.ly/2M1EKU8>.
- 47 Ainsi, à la lumière de la jurisprudence de la CJUE (arrêt Čepelnik du 13 novembre 2018, C-33/17), il est par exemple extrêmement probable que l'obligation du versement d'une caution généralisée telle qu'appliquée par la Suisse soit considérée comme disproportionnée par la Cour. Néanmoins, la jurisprudence Čepelnik ne peut pas être appliquée mutatis mutandis à la Suisse, puisque le régime juridique est différent (Čepelnik est antérieur aux nouvelles directives de l'UE sur le travail détaché).
- 48 Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (2015), "Partenariat social", 17 décembre : <https://bit.ly/38MTOUz>.
- 49 Conseil fédéral (2019a), op.cit., pp 10, 11, 13, 17; UNIA (2018), "Manifeste syndical concernant l'accord-cadre institutionnel avec l'Union européenne", 4 mars : <https://bit.ly/2PN8H0y>.
- 50 Markus Häfliger et Andreas Valda (2018), "Es geht um mehr als um die 8-Tage-Regel", Tages-Anzeiger, 10 août : <https://bit.ly/39xjaX5>.
- 51 Secrétariat d'état à l'Economie (2019), op.cit.

52 Voir note 13.

53 Dans la culture politique de l'UE, ce principe, qui occupe une place extrêmement importante, est plus généralement connu sous le nom de "evidence-based policy-making" (politique fondée sur des données probantes). Voir notamment : Commission européenne (2019), "Better regulation: why and how" : <https://bit.ly/2RWeZh6>.

54 Union européenne (2014), op.cit. ; Union européenne (2018), op.cit.

55 Il en va de même pour les autres exceptions mentionnées dans l'accord institutionnel (durée maximale de détachement, délai d'annonce préalable, caution, etc.). Il convient de mentionner ici la jurisprudence Polydor de la CJUE (issue de l'arrêt du même nom du 9 février 1982, C-270/80) car elle revêt une importance pour la Suisse. Selon cette jurisprudence, deux dispositions littéralement identiques dans deux traités différents peuvent avoir des effets différents en fonction du contexte et de la finalité de l'accord dans lesquelles elles sont inscrites. Avec l'accord institutionnel, Polydor

va perdre en importance puisqu'un principe d'application et d'interprétation uniformes est expressément prévu. Dès lors, le droit de l'UE pertinent pour la Suisse devra être interprété de manière identique. Néanmoins, Polydor gardera sa pertinence pour le "droit bilatéral", soit les règles spécifiques s'appliquant à la Suisse en tant qu'Etat tiers. Pour des applications de la jurisprudence Polydor liées à l'accord de libre circulation des personnes Suisse-UE, voir également les affaires C-351/08, C-541/08 et C-70/09.

56 Très probablement après le scrutin suisse de mai 2020 portant sur la question de la possible dénonciation de l'accord sur la libre circulation des personnes. Ce vote constitue une priorité pour les autorités suisses, reléguant la question de l'accord institutionnel au deuxième plan.

57 En 2009, un référendum a été lancé contre la reconduction de la libre circulation des personnes et a été rejeté par une majorité de la population. Voir Renè Schwok (2015), op.cit., p.45.

# Annexe A : Références au droit de l'UE dans les propositions de garanties

## Garantie #1 – Une politique de protection salariale autonome

Ces deux références au droit de l'UE en matière de travail détaché explicitent la responsabilité et les prérogatives de la Suisse en matière de protection salariale. La référence à la directive de 2014 souligne la possibilité pour la Suisse d'adopter de nouvelles mesures d'accompagnement non explicitement prévues par l'accord institutionnel ou le droit de l'UE, tant que celles-ci respectent les principes fondamentaux du marché intérieur (non-discrimination, proportionnalité). La référence à la directive de 2018 souligne l'obligation pour la Suisse de mettre en place des sanctions "dissuasives" pour les violations à ces règles.

## Article 9 paragraphe 2 de la directive 2014/67

### Article 9

#### Exigences administratives et mesures de contrôle

2. Les États membres peuvent imposer d'autres exigences administratives et mesures de contrôle au cas où surviendraient des circonstances ou des éléments nouveaux dont il ressortirait que les exigences administratives et mesures de contrôle qui existent ne

sont pas suffisantes ou efficaces pour permettre le contrôle effectif du respect des obligations énoncées dans la directive 96/71/CE et la présente directive, pour autant qu'elles soient justifiées et proportionnées.

## Article 1 paragraphe 4 de la directive 2018/957

### Article premier

#### Modifications de la directive 96/71/CE

4. L'article 5 [de la directive 96/71/CE] est remplacé par le texte suivant:

«Article 5

#### Suivi, contrôle et exécution

L'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché et l'État membre à partir duquel le travailleur est détaché sont responsables du suivi, du contrôle et de l'exécution des obligations prévues par la présente directive et par la directive 2014/67/UE et prennent des mesures appropriées en cas de non-respect de la présente directive.

Les États membres fixent les règles relatives aux sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en vertu de la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre. Les sanctions prévues sont effectives, proportionnées et dissuasives.

Les États membres veillent en particulier à ce que les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs disposent de procédures adéquates aux fins de l'exécution des obligations prévues par la présente directive.

Lorsque, à la suite d'une évaluation globale effectuée par un État membre en application de l'article 4 de la directive 2014/67/UE, il est établi qu'une entreprise donne l'impression, à tort ou frauduleusement, que la situation d'un travailleur entre dans le champ d'application de la présente directive, ledit État membre veille à ce que le travailleur bénéficie du droit et des pratiques applicables.

Les États membres veillent à ce que le présent article n'ait pas pour effet de soumettre le travailleur concerné à des conditions moins favorables que celles applicables aux travailleurs détachés.»

**Garantie #2 – Le respect du partenariat social helvétique**

Cette référence explicite le droit de la Suisse de conserver son système dual de contrôle construit sur des conventions collectives de travail et des commissions paritaires responsables de leur mise en oeuvre. Après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel, les partenaires sociaux conserveraient toutes les prérogatives dont ils disposent aujourd'hui.

**Article 10 paragraphe 4 de la directive 2014/67****Article 10****Inspections**

4. Dans les États membres où, conformément au droit et/ou aux pratiques nationales, la définition des conditions de travail et d'emploi des travailleurs détachés visées à l'article 3 de la directive 96/71/CE, notamment le taux de salaire minimal et le temps de travail, relève de la responsabilité des partenaires sociaux, ceux-ci peuvent

également contrôler, au niveau approprié et suivant les conditions établies par les États membres, l'application des conditions de travail et d'emploi des travailleurs détachés pertinentes, sous réserve qu'un niveau de protection adéquat, équivalent à celui résultant de la directive 96/71/CE et de la présente directive, soit garanti.

### Garantie #3 – Un dispositif de contrôle efficace

Cette référence explicite le droit de la Suisse de mener un niveau élevé d'inspections de travail si celui-ci s'avère adéquat. Le niveau d'inspections est jugé adéquat sur la base d'une analyse objective des risques menée par les autorités compétentes en Suisse (par exemple sur la base des rapports publiés par le SECO ou les partenaires sociaux). Les contrôles aléatoires restent possibles, de même que le ciblage de secteurs où le recours au travail détaché est fréquent (sans que cela constitue une entorse au principe européen de non-discrimination).

### Article 10 paragraphe 1 de la directive 2014/67

#### Article 10

##### Inspections

1. Les États membres veillent à ce que des mesures de vérification et des mécanismes de contrôle appropriés et efficaces, prévus conformément au droit et aux pratiques nationales, soient mis en place et que les autorités désignées en vertu du droit national effectuent des inspections efficaces et adéquates sur leur territoire pour s'assurer du respect des dispositions et règles établies par la directive 96/71/CE, en tenant compte des dispositions applicables de la présente directive, et en garantir ainsi l'application et l'exécution correctes. Sans préjudice de la possibilité d'effectuer des contrôles aléatoires, les inspections se fondent principalement sur

une analyse des risques réalisée par les autorités compétentes. Cette analyse peut identifier les secteurs d'activités dans lesquels le recours aux travailleurs détachés pour la prestation de services sur leur territoire est particulièrement fréquent. L'analyse des risques peut notamment tenir compte de la réalisation de projets d'infrastructure majeurs, de l'existence de longues chaînes de sous-traitants, de la proximité géographique, des problèmes et besoins particuliers de secteurs spécifiques, des antécédents en matière d'infraction, ainsi que de la vulnérabilité de certains groupes de travailleurs.



**Citation**

Farman, D., Maurer, F. et Najy, C. (2020). Deux propositions pour finaliser l'accord institutionnel entre la Suisse et l'UE. Policy Paper. Zürich: foraus – Forum Aussenpolitik.

**Disclaimer**

Le contenu du papier de discussion suivant n'engage que ses auteur·e·s. Il ne représente pas nécessairement les positions du foraus en tant qu'organisation.

[www.foraus.ch](http://www.foraus.ch)

Zürich | foraus – Forum Aussenpolitik | Badenerstrasse 431 | 8003 Zürich  
office@foraus.ch | +41 44 501 68 65

Genève | foraus – Forum de politique étrangère | c/o Organisation  
Météorologique Mondiale CP N°2300 | 7bis Avenue de la Paix | CH-1211 Genève  
bureau\_romandie@foraus.ch | +41 22 273 86 16

IBAN: CH06 0900 0000 6017 6892 9

# Ensemble pour une politique étrangère constructive !

Le think tank foraus façonne la politique étrangère grâce aux idées de centaines de jeunes qui nous offrent bénévolement leur temps. A travers le modèle grassroots unique de l'association, foraus défend l'avenir sociétal et politique de la Suisse et s'engage pour une politique étrangère constructive et un dialogue informé. Partages-tu cette vision ? Engage-toi avec nous dès maintenant et soutiens-nous ! ●

## en tant que membre

Chacun·e peut devenir membre de notre unique réseau et peut s'engager en tant que bénévole comme il/elle le souhaite. En devenant membre, tu auras l'occasion d'accéder à un environnement international dynamique et à côtoyer de près des personnalités d'envergure. Tu peux également donner un écho médiatique à tes idées et défendre tes convictions dans des débats ouverts.

## en tant qu'auteur·e

foraus te donne la possibilité de répondre concrètement aux challenges que doit affronter la politique extérieure de la Suisse en t'offrant une plateforme d'expression sans équivalent. En effet, tu as l'occasion de développer tes perspectives et idées innovantes dans le cadre de papiers de discussion ou d'analyses courtes

## en tant que donateur/donatrice

Notre Cercle des Donateurs (CdD) contribue grandement au développement du foraus. En tant que membre du CdD vous soutenez durablement les différentes activités du foraus.

[foraus.ch /membership](https://foraus.ch/membership)