



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Le Conseil fédéral

Berne, le 26 mai 2021

Rapport relatif aux négociations sur un accord-cadre institutionnel entre la Suisse et l'UE¹

¹ Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe (« accord institutionnel »)

Condensé

En 2006, désirant consolider la voie bilatérale avec l'Union européenne (UE), le Conseil fédéral évoque officiellement l'option d'un « accord-cadre ». En 2007, il décide d'examiner si un tel accord serait opportun et donne ainsi suite aux diverses demandes du Parlement depuis 2002 d'analyser l'opportunité et la faisabilité d'un tel accord. L'UE signale également un intérêt pour un « accord-cadre », ce que viendront confirmer les conclusions du Conseil du 8 décembre 2008 qui fixent l'objectif de l'UE de mettre en place un mécanisme institutionnel pour les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE. Toutefois, c'est seulement à partir de 2010 que la Suisse et l'UE explorent techniquement l'option d'un « accord-cadre » en instituant un groupe de travail commun. Les résultats du groupe de travail sont jugés encourageants malgré l'existence d'importantes divergences. Ces résultats permettront à la Suisse de fixer sa stratégie ainsi que ses principes relatifs à une solution institutionnelle. Faisant face à une pression croissante de la Commission européenne pour régler la question institutionnelle au préalable de tout autre progrès sur les dossiers ouverts, la Suisse élabore en 2012 des propositions pour une solution institutionnelle qu'elle présente à l'UE. Ces échanges relancent les discussions au niveau technique, permettant à la Suisse et à l'UE de définir en 2013 un « non-paper » commun contenant trois options possibles de négociation. La Suisse et l'UE favorisent la troisième option qui s'oriente vers un modèle à deux piliers où l'interprétation et la surveillance seraient prises en charge indépendamment par la Suisse et l'UE sur leur propre territoire tout en prévoyant un rôle pour la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans le règlement des différends.

C'est sur cette base que s'engagent en 2014 les négociations après l'adoption des mandats de part et d'autre. Entre 2014 et 2018, les délégations de la Suisse et de l'UE se rencontrent régulièrement dans le cadre de rondes formelles (avec une pause entre novembre 2014 et novembre 2015). Si ces négociations permettent d'échafauder des compromis, notamment relatifs aux mécanismes institutionnels, il s'avère impossible de trouver une solution négociée sur certaines questions matérielles liées à l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), soit la directive de l'UE relative au droit des citoyens ainsi que les mesures d'accompagnement suisses.

Le 23 novembre 2018, l'UE communique à la Suisse que, selon elle, les négociations sur l'accord institutionnel sont terminées. Elle fait peser une pression croissante sur la Suisse en vue d'une conclusion rapide de l'accord en refusant dès lors d'actualiser les accords bilatéraux existants. Du fait des points encore ouverts, le Conseil fédéral renonce à parapher le projet d'accord et le soumet à une large consultation en Suisse qui permet d'identifier trois points nécessitant encore des clarifications (directive relative au droit des citoyens, mesures d'accompagnement, aides d'état). Ces points sont communiqués à l'UE le 7 juin 2019.

Après concertation avec les cantons et les partenaires sociaux, le Conseil fédéral fixe, en date du 11 novembre 2020, sa position concernant les trois points de l'accord institutionnel encore ouverts. Les négociations ultérieures menées avec l'UE depuis janvier 2021 au sujet des clarifications demandées par la Suisse conduisent à une meilleure compréhension mutuelle et aboutissent également à des convergences sur certaines questions. Mais elles confirment surtout les divergences fondamentales existant dans le domaine de la libre circulation des personnes, qui étaient déjà présentes au début des négociations. Ces divergences d'ordre matériel sont encore accentuées par le fait que les intérêts en jeu ne sont pas les mêmes pour les deux parties : après les concessions en matière de souveraineté qu'elle a déjà faites sur les mécanismes institutionnels, la Suisse a besoin d'une limitation ponctuelle de la reprise dynamique du droit, du moins dans le domaine sensible de la libre circulation des personnes, afin de protéger ses intérêts essentiels. Pour l'UE en revanche, la valeur ajoutée de l'accord institutionnel réside précisément dans la reprise dynamique du droit dans le domaine de la libre circulation des personnes.

Compte tenu de ces divergences fondamentales sur le fond et en termes d'intérêts, il ne faut pas s'attendre à ce que les points encore ouverts soient réglés dans le sens souhaité par la Suisse dans un délai prévisible. Pour le Conseil fédéral, les conditions requises pour la conclusion de l'accord institutionnel ne sont donc pas remplies. Les conséquences de la non-conclusion d'un accord institutionnel et de la limitation graduelle par l'UE de l'accès au marché ne peuvent être formulées et chiffrées précisément à l'avance ; en effet, elles dépendent d'une part de la réaction de l'UE, d'autre part des éventuelles mesures prises par la Suisse. En cas d'absence d'accord institutionnel, il est de ce fait décisif de poursuivre la planification de mesures d'atténuation unilatérales (limitation des dommages) tout en veillant à trouver une entente avec l'UE afin d'éviter dans toute la mesure du possible une dynamique négative et de stabiliser les relations avec l'UE (maintien de l'acquis).

Sommaire

1 Mandat et objectifs du rapport.....	5
2 Historique des négociations institutionnelles entre la Suisse et l'UE.....	5
2.1 Contexte des relations Suisse-UE précédant les négociations institutionnelles.....	5
2.2 Déroulement des négociations.....	6
2.2.1 Phase exploratoire.....	6
2.2.2 Mandats initiaux de négociation.....	11
2.2.3 Déroulement des négociations entre 2014 et 2018.....	12
2.2.4 Phase d'interruption des négociations entre 2019 et 2020.....	17
2.2.5 Phase finale des négociations en 2021.....	18
2.3 Résultats de la négociation.....	19
2.3.1 Champ d'application.....	19
2.3.2 Mécanismes institutionnels et fonctionnement de l'accord.....	19
2.3.3 Aides d'État.....	22
2.3.4 Libre circulation des personnes.....	23
2.3.5 Déclarations conjointes et décision du comité mixte ALE 72....	24
3 Appréciation du résultat de la négociation.....	25
3.1 Rappel des intérêts en présence.....	25
3.2 Mandat de négociation de 2013.....	25
3.2.1 Domaine institutionnel.....	25
3.2.2 Points matériels.....	26
3.3 Évaluation du projet d'accord du 23 novembre 2018.....	26
3.4 Évaluation des résultats des négociations ultérieures menées au printemps 2021 sur les trois points encore ouverts.....	28
3.5 Conséquences d'une non-conclusion de l'accord.....	29
3.6 Résultats des consultations des acteurs de la politique intérieure.....	31
3.7 Bilan et conclusion.....	32

1 Mandat et objectifs du rapport

Le Conseil fédéral a mandaté le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) de livrer d'ici au 26 mai 2021 un rapport décrivant les préparations, le déroulement ainsi que les résultats des négociations sur un accord institutionnel entre la Suisse et l'Union européenne (UE). Le présent rapport revient sur ces trois demandes dans sa partie 2. Il contient également dans sa partie 3 une appréciation du résultat des négociations.

2 Historique des négociations institutionnelles entre la Suisse et l'UE

2.1 Contexte des relations Suisse-UE précédant les négociations institutionnelles

En 2006, le Conseil fédéral fait le point sur l'**avenir de sa politique européenne**. Après le succès en 2005 des votations sur les accords d'association à Schengen/Dublin et l'extension de la libre circulation des personnes aux dix nouveaux États membres de l'UE, son objectif est de déterminer les suites à donner à la voie bilatérale. Désireux de la consolider, il évoque dans son rapport Europe l'option d'une **amélioration du cadre institutionnel**, amélioration qui pourrait se concrétiser par un « accord-cadre »². L'objectif d'un tel accord serait de garantir une meilleure « coordination d'ensemble » en assurant un « réarrangement institutionnel » des accords les plus importants liant la Suisse à l'UE. L'idée d'un « accord-cadre » est ancienne en Suisse. À l'origine, les contours d'un tel « accord-cadre », parfois également qualifié d'accord « d'association », restent flous, l'objectif étant de doter la relation bilatérale de « procédures et d'institutions communes » en vue de la rendre aussi étroite et équilibrée que possible. Cette idée émerge officiellement au Parlement où, dès mars 2002, elle est thématisée par la Commission de politique extérieure du Conseil des États puis fait l'objet d'interventions parlementaires³. Plus largement, cette idée remet aussi au premier plan une question (participation d'un État tiers au marché intérieur de l'UE par la reprise de l'acquis de l'UE) qui était déjà au cœur des négociations de l'Espace économique européen (EEE). Pour le Conseil fédéral, un « accord-cadre » devient une option seulement une fois les Bilatérales II conclues.

La réflexion relative au futur de la voie bilatérale, initiée en 2006, se concrétise l'année suivante. En mai 2007, le Conseil fédéral fixe **trois objectifs** en matière de politique européenne: 1) la **mise en œuvre** rapide et efficace de l'ensemble des accords bilatéraux conclus avec l'UE, 2) le **développement** des relations avec l'UE par la conclusion d'accords dans de nouveaux domaines d'intérêt commun, 3) la **consolidation** des relations avec l'UE, y inclus l'éventuelle exploration d'un « accord-cadre ». Il décide également d'examiner si un tel accord serait opportun et donne ainsi suite aux diverses demandes du Parlement d'analyser l'opportunité et la faisabilité d'un « accord-cadre »⁴. La forme d'un tel accord n'est pas déterminée à ce stade. Parallèlement, le Conseil fédéral définit une série de dossiers considérés comme prioritaires en vue de négociations avec l'UE (en particulier, les dossiers de l'électricité, du secteur agroalimentaire, de la santé publique ainsi que de la sécurité des produits et le dossier REACH concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques).

Du côté de l'UE, l'intérêt pour la conclusion d'un « accord-cadre » est exprimé à plusieurs reprises tant au niveau politique que technique. Dans ses **conclusions du 8 décembre 2008**, le Conseil de l'UE, tout en rappelant sa « coopération large et fructueuse » avec la Suisse,

² FF 2006 6481

³ FF 2002 5879 ; postulat Polla (02.3374) ; postulat Stähelin (05.3564) ; communiqué de la CPE-E du 1^{er} sept. 2006 qui salue le rapport Europe 2006 du Conseil fédéral et rappelle qu'il serait particulièrement intéressant d'examiner l'option d'un accord-cadre

⁴ FF 2002 5879 ; postulat Polla (02.3374) ; postulat Stähelin (05.3564)

souligne pour la première fois que le bon fonctionnement du marché intérieur implique d'interpréter et d'appliquer de manière homogène l'acquis qui est en constante évolution. L'UE constate, en outre, des divergences entre les accords bilatéraux avec la Suisse et le développement de l'acquis pertinent de l'UE. Son objectif est d'y remédier, notamment par la mise en place d'un mécanisme institutionnel assurant que les accords bilatéraux soient adaptés plus efficacement au développement de l'acquis. Dans ce contexte, la Commission européenne rappelle son intérêt à **sonder la possibilité d'un « accord-cadre »** lors de la rencontre du 15 décembre 2008 entre le président de la Confédération Pascal Couchepin et le président de la Commission européenne José Manuel Barroso.

En 2009, aucune exploration sur un possible « accord-cadre » n'est menée entre la Suisse et l'UE. C'est une année marquée par les élections européennes et la votation suisse du 17 mai 2009 portant sur la reconduction de la libre circulation des personnes avec l'UE (comme le prévoit l'accord sur la libre circulation des personnes – ALCP – après une durée initiale de 7 ans). Ce répit permet au Conseil fédéral d'établir, dans son rapport de politique extérieure 2009, les **principes applicables à la reprise de l'acquis** qui joueront un rôle important dans la définition de sa position sur la question institutionnelle⁵. Ces principes résultent d'une insatisfaction commune quant au développement des accords bilatéraux. La Suisse regrette, par exemple, l'actualisation lente et parfois hésitante de certains chapitres de l'accord sur la reconnaissance mutuelle (ARM) alors que l'UE reproche déjà à la Suisse, avec plus de véhémence, son refus de reprendre la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'UE de circuler et de séjourner librement dans l'UE (« directive relative au droit des citoyens ») dans l'ALCP. Les principes sont inspirés par le récent accord entre la Suisse et l'UE sur la facilitation des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ainsi qu'aux mesures douanières de sécurité conclu le 25 juin 2009 (« accord de facilitation ») qui prévoit lui-même une reprise dynamique de l'acquis pertinent et, en cas de non-reprise, la possibilité pour la partie lésée de prendre des mesures de rééquilibrage proportionnées (jusqu'à la suspension d'une partie de l'accord). Dans ce contexte, la Suisse est prête à accepter que les futures négociations d'accords d'accès au marché avec l'UE se fondent sur l'acquis pertinent. Néanmoins, il est essentiel pour le Conseil fédéral 1) que les accords respectent la souveraineté de la Suisse (pas de reprise automatique de l'acquis comme l'exige l'UE), 2) que la reprise de l'acquis soit compensée par une participation adéquate à son élaboration au sein de l'UE (« decision shaping »), 3) que les procédures internes suisses (y compris les délais) soient respectées, 4) que toute modification des accords nécessite le consentement des deux parties et 5) qu'en cas de non-reprise d'un développement de l'acquis par la Suisse, l'UE ne puisse prendre que des mesures de compensation proportionnées (pas d'automatisme).

2.2 Dérroulement des négociations

2.2.1 Phase exploratoire

Le 19 juillet 2010, lors de la rencontre entre la présidente de la Confédération Doris Leuthard et le président de la Commission européenne José Manuel Barroso, la Suisse et l'UE conviennent de **lancer l'exploration d'un possible « accord-cadre »**. Cette exploration est confiée à un **groupe de travail technique Suisse-UE** (au niveau des directeurs). Afin de préparer cette nouvelle phase, le Conseil fédéral établit en août 2010 les principes que les représentants suisses du groupe de travail doivent défendre, principes rappelés partiellement dans son

⁵ [FF 2009 5712](#)

rapport sur l'évaluation de la politique européenne de la Suisse en réponse au postulat Markwalder 09.3560 qui est publié en septembre 2010⁶. Ces principes portent sur les quatre éléments d'une solution institutionnelle : le développement du droit, l'interprétation, la surveillance et le règlement des différends. Concernant le **développement du droit**, le Conseil fédéral rappelle les principes identifiés dans son rapport de politique extérieure de 2009 et qui s'orientent sur l'accord de facilitation. Quant à l'**interprétation**, il n'exclut pas la possibilité de nouveaux mécanismes si ceux-ci parviennent à assurer une meilleure cohérence dans l'interprétation des accords bilatéraux (p. ex. principe d'homogénéité, organe judiciaire commun). Pour la **surveillance**, s'il envisage la création d'une autorité indépendante, il indique que cette autorité devra être nationale ou multilatérale. Enfin, pour le **règlement des différends**, il favorise l'établissement d'un tribunal arbitral ou d'un organe commun analogue.

2.2.1.1 Groupe de travail Suisse-UE

Le groupe de travail Suisse-UE, qui, du côté suisse, est composé de représentants du DFAE, du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) ainsi que du Département fédéral de justice et police (DFJP), est soutenu en Suisse par un groupe de travail rassemblant des représentants de l'ensemble des départements fédéraux. Le groupe de travail Suisse-UE se réunit entre septembre et novembre 2010, fondant ses travaux sur un « non-paper » proposé par la Suisse. Ce document contient **trois hypothèses de modèles institutionnels** : 1) le modèle de l'accord de facilitation de 2009 (modèle favorisé par la Suisse mais rejeté par l'UE) ; 2) le modèle à deux piliers (modèle également favorisé par la Suisse) ; 3) le modèle orienté sur l'EEE (modèle favorisé par l'UE). L'UE propose à la Suisse de rajouter deux nouveaux modèles qui, dans les deux cas, octroient des compétences à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) – l'un d'entre eux s'appuie sur le fonctionnement de l'accord d'association à Schengen en prévoyant notamment le renvoi de questions préjudicielles à la CJUE, l'autre s'oriente sur l'EEE tout en octroyant un rôle à la CJUE dans le règlement des différends. La Suisse rejette ces deux hypothèses qui sont donc écartées des travaux.

Dans l'ensemble, les résultats du groupe de travail sont jugés encourageants. Il existe **certaines orientations communes** sur plusieurs paramètres, dont notamment la reprise dynamique du droit de l'UE avec en contrepartie pour la Suisse le droit de participer à l'élaboration de l'acquis, la volonté commune d'assurer une interprétation homogène des accords bilatéraux concernés ainsi qu'une surveillance indépendante de leur application. En revanche, d'**importantes divergences** demeurent, en particulier concernant la nature des mesures de compensation en cas de non-reprise de l'acquis par la Suisse (automatisme pour l'UE contre refus de l'automatisme et exigence de proportionnalité de ces mesures pour la Suisse) ainsi que l'autorité de surveillance (supranationale pour l'UE contre nationale voire multilatérale pour la Suisse). Dans ce cadre, alors que la Suisse signale qu'une poursuite des discussions sur une solution institutionnelle nécessite le déblocage des négociations bilatérales en cours (notamment le dossier sur l'électricité), la Commission européenne indique que la voie bilatérale n'a pas d'avenir si elle n'est pas renouvelée en priorité par l'ajout d'un cadre institutionnel. C'est dans ce contexte incertain que, dans ses **conclusions du 14 décembre 2010**, le Conseil de l'UE confirme, en adoptant un ton plus décidé, la nécessité d'une solution institutionnelle comprenant notamment l'adaptation dynamique des accords bilatéraux à l'acquis, l'interprétation homogène des accords, un mécanisme indépendant de surveillance ainsi qu'un système de règlement des différends.

2.2.1.2 Définition des stratégies en Suisse et dans l'UE

Le 26 janvier 2011, le Conseil fédéral adopte sa stratégie concernant les relations bilatérales avec l'UE. Elle consiste à défendre le **principe d'une négociation globale et coordonnée**

⁶ [FF 2010 6615](#)

de tous les dossiers en cours (y compris le dossier institutionnel). La Suisse est confiante que, malgré les divergences de conception institutionnelle (notamment sur la nature des mesures possibles en cas de non-reprise de l'acquis et sur celle de l'autorité de surveillance), l'UE s'orientera sur l'approche suisse grâce aux intérêts résultant d'une négociation globale et coordonnée (p. ex. solution institutionnelle, contribution suisse à la cohésion). Sur le dossier institutionnel, le Conseil fédéral privilégie définitivement au niveau formel le développement d'un « **accord-cadre** » **horizontal** (et non plus un modèle général à négocier et à mettre en œuvre dans chaque accord) tout en étant conscient des risques d'une telle approche (p. ex. un tel « accord-cadre » pourrait imposer un nouveau fonctionnement institutionnel aux accords bilatéraux existants). La rencontre subséquente entre la présidente de la Confédération Micheline Calmy-Rey et le président de la Commission européenne José Manuel Barroso le 8 février 2011 ne permet pas à la Suisse d'imposer son principe d'une négociation globale et coordonnée, le président de la Commission européenne montrant certaines réticences face à la volonté suisse de conclure un paquet de négociation. Après cette rencontre, la Commission européenne signale avec une clarté croissante que la **question institutionnelle doit être réglée au préalable** pour pouvoir avancer sur les autres dossiers ouverts.

Afin de permettre l'approfondissement des discussions exploratoires sur les questions institutionnelles entre la Suisse et l'UE, le Conseil fédéral **complète ses principes** le 4 mai 2011. Aux cinq principes existants s'ajoute un sixième relatif au règlement des différends qui prescrit la compétence du comité mixte pour régler les différends et, en cas de désaccord, la possibilité de prendre des mesures de compensation proportionnées qu'un tribunal arbitral peut contrôler. Les questions relatives à l'interprétation et à la surveillance sont provisoirement écartées, dans l'attente d'une prise de position du Tribunal fédéral et d'un avis de droit du professeur Daniel Thürer sur ces questions. Ces deux avis délivrés quelques mois plus tard confirmeront notamment la pertinence d'un modèle à deux piliers pour assurer l'interprétation et l'application des accords bilatéraux, ce qui permet au Conseil fédéral en automne 2011 – après avoir associé à la réflexion les cantons, les commissions de politique extérieure et les partenaires sociaux – de **finaliser ses principes**.

Les discussions exploratoires entre la Suisse et l'UE se poursuivent mais ne progressent pas. Les divergences sur le modèle à définir restent substantielles. Parallèlement, la Commission européenne signale de manière de plus en plus fréquente à la Suisse de nouveaux problèmes liés à la mise en œuvre des accords existants tout en se montrant peu encline à faire avancer les dossiers en cours. Afin de débloquer la situation, la Suisse annonce à l'UE, lors d'une rencontre entre la présidente de la Confédération Eveline Widmer-Schlumpf et le président de la Commission européenne José Manuel Barroso, qu'elle soumettra à l'UE des **propositions pour une solution institutionnelle**. Elle propose également une **approche « bottom-up »** visant à conclure rapidement l'accord sur l'électricité afin qu'il serve de précédent pour une solution institutionnelle, dans la mesure où la solution définie s'avère acceptable pour les deux parties. Dans un premier temps, l'UE ne s'oppose pas à cette approche pour autant qu'elle obtienne des garanties suffisantes quant à la suite des opérations.

2.2.1.3 Propositions concrètes de la Suisse et réactions de l'UE

Le 15 juin 2012, le Conseil fédéral définit ses **propositions pour une solution institutionnelle** après consultation des cantons, des commissions de politique extérieure et des partenaires sociaux. Ses propositions se fondent sur le **modèle à deux piliers** qui prévoit notamment une autorité indépendante de surveillance suisse et la reconnaissance du principe d'homogénéité de l'interprétation et de l'application des accords bilatéraux avec la possibilité de prendre des mesures de compensation proportionnelles en cas de divergences d'interprétation/application entre les tribunaux suisses et la CJUE, alors même que la nature de la sur-

veillance et des mesures de compensation font l'objet d'importantes divergences avec la Commission européenne au niveau technique. Le Conseil fédéral confirme également son **approche « bottom up »**. Le même jour, la présidente de la Confédération Eveline Widmer-Schlumpf communique les propositions suisses de manière écrite et détaillée au président de la Commission européenne José Manuel Barroso.

La réaction de l'UE, occupée à définir sa position sur les questions institutionnelles, se fait attendre. Alors que la Commission européenne souhaite rejeter en bloc les propositions de la Suisse, le Conseil de l'UE est plus conciliant. Il considère que les propositions suisses restent une base de discussion même si elles ne correspondent pas à toutes les attentes de l'UE. Les **conclusions du Conseil de l'UE du 20 décembre 2012**, suivies d'une lettre du président de la Commission européenne, confirment la volonté de l'UE de trouver une **solution qui soit « équivalente » au cadre institutionnel de l'EEE**. L'UE est toutefois prête à discuter d'autres modèles possibles. Elle demande que la Suisse s'engage à reprendre de manière dynamique l'acquis pertinent en adoptant une définition large de ce dernier. Elle demande la mise en place d'une surveillance indépendante et « internationale » et d'un mécanisme permettant de prévenir l'apparition de divergences dans l'interprétation de l'acquis pertinent. Enfin, pour régler les différends, l'UE demande que la Suisse se soumette à une juridiction internationale compatible avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE. Enfin, la Commission européenne signale qu'un **accord-cadre horizontal est une condition nécessaire et préalable** pour régler les autres questions en suspens, mettant ainsi fin à la proposition suisse de tester une approche « bottom-up ».

2.2.1.4 Élaboration d'un « non-paper » d'options de négociation par la Suisse et l'UE

La réponse de l'UE relance les **discussions au niveau technique**, permettant à un nouveau groupe de travail Suisse-UE de se réunir. Ce groupe de travail est composé, du côté suisse, de représentants du DFAE, du DEFR, du DFJP ainsi que du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC). Dès janvier 2013, dans ce cadre, le secrétaire d'État Yves Rossier et le directeur général administratif du Service européen pour l'action extérieure (SEAE) David O'Sullivan cherchent à déterminer dans quelle mesure les éléments en présence permettraient la recherche d'une solution acceptable et, donc, le lancement d'une négociation. **Trois options sont définies** dans un « non-paper » qui offre aux parties une certaine marge d'interprétation en vue de la formulation de leurs mandats de négociation respectifs. La première, jugée difficilement acceptable par la Suisse, envisage la refonte du pilier institutionnel de l'Association européenne de libre-échange (AELE) pour permettre à son autorité de surveillance et à sa Cour de se prononcer sur l'interprétation et l'application des accords bilatéraux. La seconde, jugée difficilement acceptable par l'UE, prévoit la création de nouvelles institutions communes supranationales pour jouer ce rôle. Comme ces institutions communes seraient aussi des institutions de l'UE, leurs activités devraient cependant être soumises à la supervision ultime de la Commission européenne et de la CJUE, ce qui rend ce modèle également délicat à accepter pour la Suisse. La troisième option s'oriente vers un modèle à deux piliers où l'interprétation et la surveillance seraient assurées indépendamment par la Suisse et par l'UE sur leur propre territoire, prévoyant donc la compétence des autorités suisses en Suisse. Cette option prévoit également que la Commission européenne aurait la possibilité de saisir la CJUE et, selon les besoins des secteurs, serait habilitée à mener des enquêtes ou adopter des décisions. Elle propose également que les parties examinent la possibilité pour les tribunaux suisses de dernière instance de saisir la CJUE par voie d'un renvoi préjudiciel, sans préciser quelle question juridique pourrait faire l'objet d'un tel renvoi. Le système de règlement des différends serait renforcé en prévoyant la possibilité pour chaque partie de saisir la CJUE pour obtenir un avis contraignant dont le non-respect entraînerait la suspension, respectivement la résiliation de l'accord ou des accords

concerné(s), sauf décision contraire du comité mixte. L'hypothèse prévoyant d'accorder une compétence interprétative à la CJUE dans le cadre du règlement des différends **change la dynamique des discussions**. Pour l'UE, elle lève un obstacle majeur découlant de l'exigence suisse d'assurer une surveillance nationale des accords bilatéraux en renforçant le règlement des différends. Cette approche permet de **dépasser l'impasse constatée** dans les discussions exploratoires sur les questions institutionnelles. Le « non-paper » prévoit également de manière nouvelle que la solution institutionnelle pourrait couvrir les **accords d'accès au marché existants et futurs**, évolution qui pèsera fortement sur les négociations à venir.

2.2.1.5 Évaluation du « non-paper » et définition des prochaines étapes

En juin 2013, le Conseil fédéral décide qu'il est temps de **renover l'architecture institutionnelle** des relations Suisse-UE dans le domaine de l'accès au marché. Ce renouvellement apparaît nécessaire car les négociations dans les domaines d'accès au marché avec l'UE (notamment dans le domaine de l'électricité) n'avancent pas ou ne peuvent pas être conclues, l'UE souhaitant régler au préalable les questions institutionnelles. Dans ce contexte, le Conseil fédéral lance donc les travaux visant à l'adoption d'un mandat de négociation sur la base de la **troisième option du « non-paper »**. Cette option est privilégiée car elle est jugée la plus prometteuse. En effet, elle prévoit un modèle de surveillance à deux piliers, ce qui la rend plus attractive sous l'angle de la souveraineté. Le Conseil fédéral accepte également le principe d'un élargissement de la portée de la solution institutionnelle aux cinq accords d'accès au marché existants (y inclus l'ALCP) ainsi que futurs. Cet élément nouveau est pris en compte dans les lignes directrices adoptées par le Conseil fédéral en vue de définir le mandat de négociation. Celles-ci font désormais référence à l'ALCP en veillant à fixer le cadre d'une reprise de l'acquis dans cet accord. Accepter que la solution institutionnelle s'appliquera à tous les accords d'accès au marché existants et futurs constitue un **assouplissement de la position suisse**. Il est notamment argumenté que sans cela, une entente avec l'UE serait peu probable, qu'un tel assouplissement est perçu comme une opportunité pour obtenir également des concessions de l'UE sur les mécanismes institutionnels et que les risques matériels posés par cette nouvelle orientation seraient faibles.

Concernant l'ALCP, des divergences quant à l'application et l'interprétation de cet accord opposent depuis des années la Suisse et l'UE au sein du comité mixte. Ces divergences portent, en particulier, sur la question de la reprise de la directive relative au droit des citoyens ainsi que sur certaines mesures d'accompagnement (p. ex. délai d'annonce préalable de 8 jours) que l'UE juge non conformes à l'ALCP. Concernant la directive relative au droit des citoyens, la Suisse est d'avis qu'elle dépasse le champ d'application de l'ALCP et n'appartient donc pas à l'acquis pertinent. Le « non-paper » précise d'ailleurs explicitement que tout nouvel acquis pertinent doit être repris « compte tenu de l'objectif et du champ d'application » de l'accord concerné. Concernant les mesures d'accompagnement, ce changement est même vu comme une opportunité (p. ex. pour pouvoir obtenir leur reconnaissance par l'UE).

Confiant quant à l'issue de la négociation, le Conseil fédéral adopte la poursuite d'une **stratégie en trois étapes**, prévoyant 1) la décision du Conseil fédéral sur la rénovation de la voie bilatérale et la préparation du mandat pour les négociations institutionnelles, 2) l'adoption du mandat de négociation sur les questions institutionnelles et sur d'autres dossiers en suspens (p. ex. accord sur la santé) pendant qu'une entente est trouvée sur les dossiers en cours de négociation (dont l'accord sur l'électricité) ainsi que 3) la conclusion des négociations sur les dossiers ouverts (y compris un accord institutionnel) en juin 2014 lors d'un sommet Suisse-UE.

2.2.2 Mandats initiaux de négociation

La Suisse adopte définitivement son mandat de négociation sur les questions institutionnelles le **18 décembre 2013** à l'issue des procédures de consultation des cantons, des commissions de politique extérieure, des partenaires sociaux ainsi que des organisations faïtières de l'économie. Dans l'UE, le processus prend plus de temps. Il est menacé suite à l'acceptation en Suisse de l'**initiative populaire « contre l'immigration de masse »** par le peuple et les cantons le 9 février 2014. Cette initiative, exigeant une renégociation de l'ALCP, ne permet plus à la Suisse de signer le protocole III de l'ALCP confirmant l'extension de cet accord à la Croatie. Le 30 avril 2014, en vue de relancer les négociations, le Conseil fédéral décide unilatéralement l'admission contingentée de ressortissants croates sur le marché du travail suisse ainsi que d'autres mesures unilatérales, afin d'éviter que la Croatie ne soit pénalisée par rapport à la situation qui prévaudrait si le protocole III avait été signé. Parallèlement à ces mesures unilatérales suisses, l'UE adopte le mandat de négociation sur les questions institutionnelles le **30 avril 2014**.

2.2.2.1 Mandat de la Suisse

Le mandat suisse rappelle, tout d'abord, des **principes généraux**. La délégation suisse doit veiller à ce que toute solution institutionnelle préserve le fonctionnement des institutions suisses, notamment les principes de la démocratie directe et du fédéralisme. Cette solution devra également assurer un équilibre des droits et des obligations compte tenu du fait que la Suisse n'est pas membre de l'UE et garantir l'homogénéité juridique ainsi qu'une application et une interprétation uniformes des accords concernés. Il est précisé, enfin, que la solution institutionnelle couvre les accords existants et futurs d'accès au marché.

Puis, le mandat développe les **paramètres de la solution institutionnelle**. Concernant le **développement du droit**, le mandat précise qu'une reprise automatique de l'acquis doit être exclue, toute incorporation devant faire l'objet d'une décision par la Suisse et respecter ses dispositions constitutionnelles et législatives. La reprise ne doit d'ailleurs porter que sur l'acquis pertinent, qui doit être défini conformément aux objectifs et au champ d'application de chaque accord concerné, et une participation adéquate à l'élaboration de cet acquis au sein de l'UE doit être assurée. La non-reprise d'un développement de l'acquis pertinent ne doit entraîner que des mesures de compensation proportionnées, comprenant au maximum la suspension d'une partie ou de l'ensemble de l'accord concerné. Quant à l'**interprétation** de l'acquis repris, le mandat reconnaît que la Suisse peut accepter la compétence de la CJUE pour interpréter celui-ci, prévoyant également la possibilité de demandes d'avis préjudiciel des tribunaux suisses à la CJUE et/ou d'un dialogue institutionnalisé entre le Tribunal fédéral et la CJUE. Concernant la **surveillance**, le mandat ancre le modèle à deux piliers en excluant toute compétence directe de la Commission européenne. Enfin, pour le **règlement des différends**, le mandat prévoit qu'il soit assuré par le comité mixte avec la possibilité pour chaque partie, en cas de différend sur l'acquis, de demander un avis interprétatif à la CJUE. Cette dernière ne peut toutefois pas régler le différend en question entre la Suisse et l'UE ; seul le comité mixte est compétent pour déterminer les conséquences d'une interprétation de la CJUE concernant l'acquis controversé dans un cas concret.

Enfin, le mandat – du fait de la portée de la solution institutionnelle – règle certaines **questions matérielles liées aux accords existants d'accès au marché**, dont l'ALCP et l'accord sur les transports terrestres (l'accord de libre-échange de 1972 – ALE 72 – en est exclu). Le mandat confirme en outre que la solution institutionnelle ne pourra modifier en rien le champ d'application, les objectifs ou le contenu matériel de ces accords. Par ailleurs, il prévoit que la Suisse ne s'engagera pas, de manière générale, à reprendre l'acquis antérieur à l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel. **Concernant l'ALCP**, le mandat souligne notamment que la directive

relative au droit des citoyens ainsi que ses développements ne seront pas repris par la Suisse et que les mesures d'accompagnement suisses pourront être entièrement maintenues, y compris au regard de la jurisprudence de la CJUE.

2.2.2.2 Mandat de l'UE

Le mandat de l'UE fixe certains **principes généraux** dont l'objectif commun est d'assurer l'homogénéité et la sécurité juridique du marché intérieur. L'accord institutionnel doit prévoir une **reprise dynamique** de l'acquis avec une participation adéquate de la Suisse au développement de celui-ci, une **obligation d'application et d'interprétation homogènes** de l'acquis, un **mécanisme indépendant de surveillance** où la Commission européenne serait en charge de surveiller l'application des accords concernés par la Suisse ainsi qu'un **contrôle judiciaire indépendant** où chaque partie serait en mesure de saisir la CJUE et où les tribunaux suisses pourraient s'adresser à cette dernière pour demander des avis interprétatifs. Des divergences non résolues (p. ex. non-respect par la Suisse d'une jurisprudence de la CJUE) conduiraient à mettre fin à/aux accord(s) concerné(s) (sanction automatique).

Le mandat précise, ensuite, que la solution institutionnelle couvre les **accords existants et futurs** d'accès au marché. Il indique que, au moins, neuf accords devraient être couverts par l'accord institutionnel. Il s'agit de : l'ALE 72, l'ALCP, l'accord sur le transport aérien, l'accord sur les transports terrestres, l'accord agricole, l'ARM, l'accord sur les marchés publics, l'accord de facilitation ainsi que l'accord statistique. Enfin, le mandat prévoit que l'accord institutionnel doit contenir un mécanisme financier à long terme sur la contribution suisse à la cohésion au sein de l'UE.

2.2.3 Déroulement des négociations entre 2014 et 2018

La négociation de l'accord institutionnel entre 2014 et 2018 se déroule en **trois phases**. Au cours de ces trois phases, la délégation suisse se compose de représentants du DFAE, du DEFR, du DFJP ainsi que des cantons et est soutenue par un groupe de coordination de représentants du DFAE, du DEFR, du Département fédérale des finances (DFF), du DETEC, du Département fédéral de l'intérieur (DFI) et du DFJP. **Première phase** : la négociation débute en mai 2014 et dure jusqu'en novembre de la même année avant de connaître une pause d'une année. **Deuxième phase** : elle reprend ensuite en novembre 2015 et dure jusqu'à fin décembre 2017. **Troisième phase** : la Suisse opère un changement d'approche en précisant son mandat de négociation début 2018. Cette troisième phase de négociation se termine en novembre 2018 à la suite d'une rencontre entre le conseiller fédéral Ignazio Cassis et le commissaire européen Johannes Hahn le 23 novembre 2018 à Zurich.

2.2.3.1 Première phase : 2014-2015

Les négociations débutent le **22 mai 2014** par une présentation des projets d'accord respectifs des parties. Elles se poursuivront sur la base du projet d'accord élaboré par l'UE complété par certains éléments du projet développé par la Suisse. La Suisse et l'UE s'accordent rapidement sur les grandes lignes du principe de reprise dynamique de l'acquis assorti d'une participation de la Suisse à l'élaboration des développements de cet acquis, même si certains points restent ouverts (p. ex. mesures de compensation en cas de non-reprise). L'interprétation et la surveillance des accords concernés font l'objet de modèles différents, ce qui exige des discussions approfondies. **Certaines avancées sont constatées** à la suite de rencontres entre le secrétaire d'État Yves Rossier et le directeur général David O'Sullivan en 2014, l'UE se rapprochant de la position suisse sur la surveillance (pas de rôle prévu pour la Commission européenne) et le règlement des différends (comité mixte comme mécanisme principal) même si, dans ce cadre, le pouvoir de cognition de la CJUE fait l'objet de divergences substantielles, de même

que les mesures de compensation pouvant être prises si les arrêts de cette dernière ne sont pas respectés. Sur ces deux derniers points, la Commission européenne **signale peu de flexibilité**. Le **règlement des différends** se cristallise peu à peu comme l'obstacle principal à des progrès dans les négociations institutionnelles.

Concernant les **questions matérielles**, la Suisse présente dès juin 2014 ses exigences concernant l'ALCP (directive relative au droit des citoyens, mesures d'accompagnement) ainsi que l'accord sur les transports terrestres. En accord avec l'UE, il est prévu que ces questions soient traitées parallèlement aux négociations sur l'accord institutionnel. Concernant la directive relative au droit des citoyens, la Commission européenne reconnaît qu'il y a entre l'acquis sur la libre circulation de l'ALCP et la directive certaines différences (p. ex. concept d'aide sociale) qu'il y a lieu de clarifier. Elle souligne toutefois que sa marge de manœuvre est faible. Elle s'oriente vers la solution qui prévaut au sein de l'EEE, où cette directive a fait l'objet d'une reprise intégrale accompagnée d'une déclaration politique excluant, notamment, la question des droits politiques. Quant aux mesures d'accompagnement, la Commission européenne signale que sa marge de manœuvre est également étroite, d'autant plus qu'elle considère qu'au moins sept de ces mesures (sur onze) sont, à son avis, incompatibles avec l'ALCP (dont la règle des 8 jours et le dépôt de garantie). Son approche vise, à ce stade, à proposer des échanges en vue de définir des mesures qui auraient les mêmes effets sans être aussi restrictives. Elle note d'ailleurs que la directive d'exécution 2014/67 en cours de mise en œuvre par les États membres serait en mesure d'apporter des réponses adaptées à cette problématique.

Les négociations connaissent une **pause en novembre 2014** suite aux élections européennes qui installent une nouvelle Commission européenne dirigée par le président Jean-Claude Juncker. Ce changement correspond à une crispation des fronts sur les questions institutionnelles, la nouvelle Commission européenne montrant une certaine inflexibilité sur les questions ouvertes lors de contacts informels. Sur la toile de fond posée par la mise en œuvre délicate de l'initiative populaire « contre l'immigration de masse », le Conseil de l'UE déclare dans ses **conclusions de décembre 2014** qu'il se réserve le droit de mettre fin aux négociations institutionnelles et autres négociations en cours en cas de violation de l'ALCP par la Suisse. La Commission européenne lie dans ce cadre la conclusion des négociations institutionnelles à une solution relative à l'ALCP dans le cadre des consultations sur ce sujet entre la Suisse et l'UE. Ces consultations, qui ont pu être entamées à l'issue d'une rencontre entre la présidente de la Confédération Simonetta Sommaruga et le président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker, visent à assurer la mise en œuvre de l'**initiative populaire « contre l'immigration de masse »**. En avril 2015, la Commission européenne adopte plusieurs mesures, dont la suspension des discussions exploratoires en vue d'un accord sur les services financiers et des négociations sur un accord sur l'électricité. Afin de faire face à ces développements, la Suisse se dote en août 2015 d'une nouvelle **structure de négociation avec l'UE** en la plaçant sous la conduite du secrétaire d'État Jacques de Watteville, spécifiquement nommé pour reprendre en charge la coordination des négociations avec l'UE. En septembre 2015, en parallèle des consultations entre la Suisse et l'UE sur l'ALCP et au vu du *momentum* jugé positif dans ce dossier, il est convenu avec l'UE de **reprendre les négociations sur l'accord institutionnel**.

2.2.3.2 Deuxième phase : 2015-2017

Les négociations reprennent le **24 novembre 2015** avec, du côté de l'UE, un nouveau chef de délégation, l'ambassadeur Claude Maerten. Cette première rencontre officielle des délégations après une année donne l'opportunité d'établir de part et d'autre les objectifs de la négociation en cours ainsi que les positions respectives. À ce stade, les discussions portent principalement sur les **mécanismes institutionnels**, notamment le rôle et pouvoir de cognition de

la CJUE dans le règlement des différends et la nature des mesures pouvant être prises en cas de différends persistants (mesures de compensation proportionnées pour la Suisse contre sanctions automatiques jusqu'à la résiliation automatique de l'accord ou des accords concerné(s) pour l'UE), ainsi que sur certains thèmes associés (p. ex. surveillance pour les aides d'État). Certains progrès sont constatés, la Suisse parvenant à obtenir des formulations à son avantage concernant le développement du droit (maintien du principe d'équivalence ou délai approprié pour la reprise de l'acquis par la Suisse) et l'interprétation des accords (renvoi vers le droit international public). Les **questions matérielles entourant l'ALCP** (directive relative au droit des citoyens, mesures d'accompagnement) sont provisoirement écartées des discussions au sein des délégations du fait de leur étroite connexité avec la mise en œuvre du nouvel article 121a de la Constitution fédérale (gestion de l'immigration) et des consultations en cours à ce sujet entre la Suisse et l'UE. Les mesures d'accompagnement font, malgré ce processus en cours, l'objet de quelques rencontres techniques d'exploration des services compétents en 2016.

Début 2016, la nervosité croissante au sein l'UE causée par le **référendum au Royaume-Uni sur le Brexit** augmente la difficulté d'arriver à une solution mutuellement acceptable sur la libre circulation des personnes (mise en œuvre de l'initiative « contre l'immigration de masse »), ce qui ne contribue pas à faire progresser les négociations institutionnelles au vu du lien établi par la Commission européenne entre ces deux dossiers. Cette dernière considère, en effet, que les problèmes identifiés en matière de libre circulation des personnes sont la preuve du besoin d'un accord institutionnel. L'acceptation le 23 juin 2016 du référendum au Royaume-Uni **durcit la position de la Commission européenne**, durcissement qui est apparent lors de la dernière ronde de négociation sur l'accord institutionnel en 2016 qui se tiendra les 27 et 28 juillet. Les questions relatives au règlement des différends restent irrésolues sans qu'une entente prochaine se dessine. Il en va de même pour les **questions matérielles concernant l'ALCP** qui sont à nouveau discutées dans le cadre des négociations institutionnelles malgré le souhait de la délégation suisse de se concentrer en priorité sur les mécanismes institutionnels. Concernant la **directive relative au droit des citoyens**, l'UE rappelle qu'il s'agit d'un développement des règles sur la libre circulation des personnes, bases de l'ALCP, ce que la Suisse rejette fermement. Quant aux **mesures d'accompagnement**, la Suisse propose de les exclure du champ d'application de l'accord institutionnel (« carve-out »), ce que l'UE refuse avec fermeté. L'UE s'oppose également à un protocole additionnel à l'accord qui reconnaîtrait ces mesures comme étant conformes à l'ALCP en insistant sur le fait que la reprise des directives pertinentes de l'UE devrait être suffisante pour garantir le niveau actuel de protection des salaires en Suisse.

L'adoption d'une modification de la loi sur les étrangers en décembre 2016 visant une meilleure mise à profit de la main d'œuvre indigène permet de mettre en œuvre le nouvel art. 121a de la Constitution fédérale introduit par l'initiative « contre l'immigration de masse ». **L'attention se reporte sur les négociations en cours**, dont le dossier institutionnel qui fait l'objet, en Suisse, d'un nouveau changement de personnel. Le 1^{er} avril 2017, la secrétaire d'État Pascale Baeriswyl prend le relais du secrétaire d'État Jacques de Watteville pour la coordination des négociations avec l'UE. La rencontre du 6 avril 2017 entre la présidente de la Confédération Doris Leuthard et le président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker confirme la **dynamique positive** insufflée dans les relations entre la Suisse et l'UE suite à la résolution du défi posé par l'initiative populaire « contre l'immigration de masse », la Commission européenne soulignant que tous les dossiers paralysés sont désormais débloqués (p. ex. l'électricité, la santé publique, l'association intégrale à Horizon 2020). Elle appelle également de ses vœux une solution rapide dans le dossier institutionnel. Pour assurer la conclusion d'un accord institutionnel, quatre points majeurs doivent encore faire l'objet d'une solution : le règlement des différends, le régime applicable aux aides d'États (notamment la surveillance de celles-

ci), les questions matérielles (conséquences de la reprise dynamique sur certains accords existants, dont l'ALCP) ainsi que la clause de résiliation. **Certains progrès sont constatés.** La Commission européenne accepte notamment, en avril 2017, d'entrer en matière sur le rôle d'un tribunal arbitral pour juger de la proportionnalité des mesures de compensation et de se prononcer sur les dispositions « sui generis » des accords concernés (c'est-à-dire les dispositions ne correspondant pas à l'acquis de l'UE). Néanmoins, les **divergences demeurent.** Sur les questions matérielles liées à l'ALCP (directive relative au droit des citoyens et mesures d'accompagnement), la Commission européenne fait valoir que des exceptions concernant la reprise dynamique pour ces deux domaines sont inacceptables pour l'UE. Seules des solutions ciblées pourraient être envisagées et faire l'objet de discussions.

Les négociations gagnent, au niveau technique, une **nouvelle dynamique fin 2017.** Lors de la rencontre du 23 novembre 2017 entre la présidente de la Confédération Doris Leuthard et le président de la Commission Jean Claude Juncker, qui fera par la suite l'objet d'une lecture différente par la Suisse et l'UE, le président Juncker soumet à la Suisse une nouvelle proposition sur le règlement des différends. En outre, il indique à la Suisse avoir, pour la première fois, confié le dossier également à un commissaire (Johannes Hahn), donnant ainsi au conseiller fédéral Ignazio Cassis un homologue direct sur le dossier institutionnel. La proposition de l'UE prévoit qu'un tribunal arbitral soit compétent pour trancher les différends. Afin de garantir le principe d'homogénéité, il est prévu que ce dernier s'adresse à la CJUE dès que le différend porte sur des dispositions concernant le « fonctionnement des parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe » ou sur le « jeu de la concurrence à l'intérieur dudit marché » ou si l'une des parties le demande. L'avis de la CJUE serait contraignant pour le tribunal arbitral.

Le 21 décembre 2017, la Commission européenne accorde à la Suisse une décision d'exécution reconnaissant l'**équivalence boursière.** Toutefois, contrairement aux équivalences accordées à d'autres États tiers dans ce domaine (p. ex. Australie, États-Unis), la Commission européenne n'accorde à la Suisse qu'une équivalence temporaire qui expirera le 31 décembre 2018. Elle se fonde sur les **conclusions du Conseil de l'UE du 28 février 2017** qui rappellent la politique initiée en 2014 selon laquelle la conclusion d'un accord institutionnel reste pour l'UE un préalable au développement de l'approche sectorielle avec la Suisse.

2.2.3.3 Troisième phase : 2018

Face à ces développements, le Conseil fédéral mène le 31 janvier 2018 une **discussion approfondie sur la politique européenne de la Suisse.** Il examine dans ce cadre de nouvelles approches concernant le règlement des différends. Il nomme également le secrétaire d'État Roberto Balzaretto coordinateur en chef des différentes négociations avec l'UE. Par la suite, le Conseil fédéral donne au DFAE l'instruction de sonder auprès de l'UE des points spécifiques dans la perspective d'une éventuelle adaptation du mandat de négociation suisse. Concernant le règlement des différends, il s'agit de sonder 1) un **modèle alternatif excluant la CJUE** mais impliquant le Tribunal fédéral (compétent pour le règlement de différends sur le territoire suisse tandis que la CJUE l'est au sein de l'UE) avec un tribunal arbitral uniquement compétent pour juger de la proportionnalité d'éventuelles mesures de compensation et 2) des **aménagement à la proposition de l'UE** soumise le 23 novembre 2017 (notamment, le caractère facultatif du recours à la CJUE par le tribunal arbitral). Parallèlement, le Conseil fédéral vise à déterminer dans quelle mesure il pourrait assouplir sa position sur la directive relative au droit des citoyens : il donne mandat au DFJP d'évaluer quels éléments pourraient faire l'objet de concessions.

Début février 2018, le secrétaire d'État Roberto Balzaretto sonde le secrétaire général adjoint du SEAE Christian Leffler sur les points demandés. **L'UE refuse clairement ces propositions** en rappelant qu'il est indispensable que la CJUE soit la seule instance qui puisse interpréter le droit de l'UE. Informé de ces développements, le Conseil fédéral décide le 2 mars 2018 de procéder à certaines **adaptations du mandat de négociation**. Ce dernier prévoit désormais que la délégation suisse peut accepter un règlement des différends sur la base d'une solution émanant d'un **tribunal arbitral paritaire** si le comité mixte ne peut pas régler le différend dans le délai imparti. Ce tribunal peut également saisir la CJUE si une question concernant l'interprétation du droit de l'UE se pose. Le mandat est également complété par une disposition sur les **aides d'État** qui n'était pas comprises dans le mandat initial du 18 décembre 2013 ; celle-ci prévoit qu'une éventuelle réglementation des aides d'État dans l'accord institutionnel doit être limitée aux principes et que le système de surveillance des aides d'État doit être basé sur deux piliers et respecter l'ordre juridique suisse. Quant aux **mesures d'accompagnement** (liste de 11 mesures annexée au mandat), le mandat rappelle qu'elles doivent être entièrement maintenues en précisant que le tribunal arbitral ne doit pas être en mesure de soumettre une question d'interprétation les concernant à la CJUE. La directive relative au droit des citoyens, pour laquelle le DFJP avait soumis au Conseil fédéral en février 2018 une synthèse indiquant des possibilités de très légères flexibilisations (p. ex. facilitation du regroupement familial) tout en rappelant que toutes autres concessions seraient inenvisageables au vu du contexte de politique intérieure, n'est finalement pas mentionnée dans ces précisions – le mandat de négociation de 2013, prévoyant que cette directive ainsi que ses développements ne seront pas repris par la Suisse, conserve sa validité de manière inchangée. Les adaptations au mandat de négociation précisent également quelles exceptions doivent être obtenues dans le domaine de la sécurité sociale.

C'est dans ce nouveau cadre que débutent à nouveau les **négociations en mars 2018**. S'il est possible de parvenir à des compromis, notamment relatifs au règlement des différends (l'UE acceptant que la CJUE ne doit être impliquée que si des questions concernant l'interprétation ou l'application du droit de l'UE se posent, et que le tribunal décide lui-même de la pertinence et nécessité de l'impliquer dans un cas concret) et sur les aides d'État, il s'avère impossible de trouver une solution négociée sur les questions matérielles liées à l'ALCP (directive relative au droit des citoyens, mesures d'accompagnement). Concernant la **directive relative au droit des citoyens**, l'UE insiste pour qu'elle soit reprise entièrement dans l'ALCP et se limite à rappeler sa proposition de solution calquée sur le modèle EEE. La demande de la Suisse d'exclure explicitement dans l'accord institutionnel la reprise de la directive est rejetée par l'UE. Par ailleurs, dans le cadre de sondages informels menés le 16 octobre 2018 par le secrétaire d'État Roberto Balzaretto et le secrétaire d'État aux migrations Mario Gattiker, l'UE refuse aussi d'entrer en matière sur des exceptions partielles concernant cette directive. Une **divergence fondamentale d'approche** est donc constatée sur ce point. La directive relative au droit des citoyens n'est donc pas mentionnée dans le projet d'accord institutionnel. Quant aux **mesures d'accompagnement**, la délégation suisse cherche à nouveau à les exclure de la reprise dynamique (« carve-out ») en indiquant que sans une telle exclusion, le Conseil fédéral ne sera pas en mesure de conclure l'accord institutionnel. L'UE confirme qu'une exclusion de toutes les mesures d'accompagnement de la reprise dynamique n'est pas envisageable. Elle propose, toutefois, le protocole 1 en vue de garantir certaines exceptions spécifiques. La délégation suisse indique que le mandat existant ne lui permet pas d'entrer en matière sur un tel texte. Concernant la **clause de résiliation**, la Suisse et l'UE ne parviennent pas à finaliser la procédure applicable aux accords existants couverts par l'accord institutionnel en cas de dénonciation de ce dernier.

Le **23 novembre 2018**, le conseiller fédéral Ignazio Cassis rencontre le commissaire Johannes Hahn en vue de faire le point sur les négociations institutionnelles. L'UE manifeste son

impatience tout en considérant que les négociations sont arrivées à leur terme. Dans ces conditions, si la rencontre permet d'aboutir à un compromis relatif à la clause de résiliation, elle ne permet pas de régler les points encore ouverts du point de vue la Suisse, notamment la directive relative au droit des citoyens (que le projet d'accord institutionnel ne mentionne pas) ainsi que les mesures d'accompagnement (le protocole 1, non agréé par la Suisse, reste une proposition de l'UE).

2.2.4 Phase d'interruption des négociations entre 2019 et 2020

En décembre 2018, le **Conseil fédéral évalue le projet d'accord institutionnel** dans sa version de novembre 2018. Le mandat de négociation suisse de 2013 prévoyait que les mesures d'accompagnement devaient être entièrement maintenues pour l'avenir et qu'une obligation de reprise de la directive relative au droit des citoyens de l'UE dans l'ALCP devait être explicitement exclue. Ces points n'ont pas pu être réglés dans le projet d'accord institutionnel. Le Conseil fédéral **renonce donc à accepter le projet d'accord** comme un résultat de négociation commun de la Suisse et de l'UE et à le parapher, tout en considérant qu'il correspond dans une large mesure aux intérêts de la Suisse. Dans l'esprit d'un processus de maturation, il décide d'entamer début 2019 de larges consultations auprès des milieux économiques, de la communauté scientifique, des partis politiques, des partenaires sociaux, des cantons et du Parlement, ainsi que d'autres parties intéressées.

Les vastes consultations ad hoc menées dans la première moitié de 2019 permettent de cerner respectivement préciser les **intérêts et les préoccupations des acteurs** en Suisse. Elles favorisent également une large discussion des avantages et inconvénients du projet d'accord institutionnel en Suisse. Dans le cadre de ces consultations, diverses critiques sont exprimées à l'encontre du projet d'accord institutionnel. **Trois aspects de ce projet** – la directive relative au droit des citoyens, les mesures d'accompagnement, les aides d'État – requièrent des clarifications concrètes. Cela est communiqué à la Commission européenne par le Conseil fédéral dans sa lettre du 7 juin 2019, où il signale que le résultat des négociations sur l'accord institutionnel correspond dans une large mesure aux intérêts de la Suisse et que l'obtention de ces trois clarifications lui permettrait de transmettre l'accord institutionnel au Parlement suisse. Dès l'été 2019, la délégation de politique extérieure du Conseil fédéral est chargée, avec les cantons et les partenaires sociaux, de trouver des solutions concrètes bénéficiant d'un large soutien politique interne pour ces trois points ouverts. Un processus à deux niveaux différents – politique et technique – est immédiatement lancé et se poursuit jusqu'en septembre 2020. La pandémie de COVID-19 et la votation sur l'initiative populaire « pour une immigration modérée » (initiative dite « de limitation ») influencent le calendrier de ce processus en le retardant.

Parallèlement à ce processus de consultation et clarification en Suisse, la Commission européenne accroît sa politique de pression en vue d'une conclusion de l'accord institutionnel. Fin 2018, le commissaire Hahn signale que sans solution institutionnelle, la Commission européenne se refusera à actualiser les accords existants. Dès janvier 2019, le cabinet du président de la Commission européenne instruit formellement les services de la Commission de **suspendre ou retarder les discussions en cours** avec la Suisse concernant l'accès au marché en attendant un résultat dans le dossier institutionnel – des exceptions n'étant possibles que dans des cas où l'intérêt de l'UE est prédominant et après autorisation du secrétaire général de la Commission européenne et du chef de cabinet de la présidence. Ces mesures s'ajoutent aux négociations déjà bloquées (p. ex. accord sur la santé bloqué depuis mai 2018, accord sur l'électricité depuis juillet 2018, accord sur la sécurité alimentaire depuis décembre 2018) ainsi qu'aux signaux négatifs déjà reçus dans le cadre des travaux d'actualisation du chapitre 4 de l'ARM concernant les dispositifs médicaux. Le Conseil de l'UE confirme cette approche ferme dans ses **conclusions du 19 février 2019**, où il rappelle que la conclusion

de l'accord institutionnel est une précondition pour des nouveaux accords d'accès au marché tout en ajoutant qu'il s'agit également d'un « critère essentiel pour décider des nouveaux progrès à réaliser sur la voie d'une ouverture des marchés mutuellement avantageuse ». Quelques semaines après la publication du **rapport des consultations en Suisse le 7 juin 2019** et le **signal positif envoyé par le Conseil fédéral** au président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker à cette occasion, l'UE décide en juillet de ne **pas prolonger l'équivalence boursière** renouvelée temporairement pour la Suisse en décembre 2018, constatant des progrès insuffisants dans le dossier institutionnel. En réaction, le Parlement suisse, tout en approuvant une **deuxième contribution de la Suisse** en faveur de certains États membres de l'UE, décide qu'aucun engagement contraignant ne doit être pris dans ce dossier tant que l'UE adopte des mesures discriminatoires à l'encontre de la Suisse telle que la non-prolongation de l'équivalence boursière.

Dans ce contexte de **pressions croissantes** quelque peu atténuées par la coopération entre la Suisse et l'UE lors de la pandémie de COVID-19, le Conseil fédéral nomme le 14 octobre 2020, après le rejet de l'initiative de limitation le 27 septembre 2020, sa nouvelle négociatrice en cheffe pour les négociations institutionnelles, la secrétaire d'État Livia Leu. Sans modifier le mandat de négociation de 2013 tel que précisé en 2018, le Conseil fédéral fixe dans la foulée le 11 novembre 2020 sa position en établissant des lignes directrices précises sur les trois points de l'accord institutionnel nécessitant des clarifications. Concernant la **directive relative au droit des citoyens**, il demande qu'une reprise intégrale de cette directive dans l'ALCP soit explicitement exclue et qu'une éventuelle reprise de la directive soit limitée aux aspects qui se basent sur la libre circulation des travailleurs et de leurs familles et, de manière plus limitée, des personnes sans activité lucrative pour autant qu'elles disposent de moyens suffisants. La Suisse exige concrètement une garantie excluant de toute reprise sept domaines de cette directive. Sur les **mesures d'accompagnement**, il exige que l'effet de protection des mesures actuelles, y inclus le système d'exécution dual, soit garanti quels que soient les développements du droit de l'UE et de la jurisprudence de la CJUE. Enfin, quant aux **aides d'État**, il doit être garanti que les dispositions y relatives du projet d'accord institutionnel n'ont pas d'effets horizontaux allant au-delà des domaines couverts par cet accord, en particulier pas sur l'ALE 72. Le 13 novembre 2020, la présidente de la Confédération Simonetta Sommaruga présente lors d'un échange téléphonique avec la présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen l'offre de la Suisse à l'UE relative à ces trois points, ce qui relance les négociations au niveau technique.

2.2.5 Phase finale des négociations en 2021

Suite à une **première rencontre le 21 janvier 2021** entre Stéphanie Riso, vice-cheffe du cabinet de la nouvelle présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen, et la secrétaire d'État Livia Leu à Bruxelles, les négociations avec l'UE reprennent. **Six rondes de négociation** ont lieu entre la Suisse et l'UE. Ces négociations, qui sont intenses, substantielles et concrètes, portent sur les trois points à clarifier. En fonction des points à traiter, la secrétaire d'État Livia Leu est alternativement accompagnée de la secrétaire d'État Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch (mesures d'accompagnement, aides d'État) et du secrétaire d'État Mario Gattiker (directive relative au droit des citoyens). La Suisse communique à l'UE ses demandes de clarification de manière substantielle par écrit et les explique oralement ; elle répond systématiquement aux propositions et contre-propositions de l'UE. Malgré un engagement mutuel des deux délégations, les négociations ne permettent pas de trouver une entente. Le 23 avril 2021, une rencontre entre le président de la Confédération Guy Parmelin et la présidente de la Commission européenne Ursula von der Leyen offre l'opportunité de tirer un **bilan politique des négociations techniques** et, pour la Suisse, de réitérer son offre à l'UE.

Après cette rencontre, les **divergences entre la Suisse et l'UE restent substantielles**. Alors que le point relatif aux aides d'État pourrait faire l'objet d'une solution satisfaisante sous réserve d'une entente sur les deux autres points, les **questions matérielles relatives à l'ALCP** (directive relative au droit des citoyens, mesures d'accompagnement) ne sont pas résolues. L'UE signale clairement qu'elle n'est pas en mesure d'accepter les exigences suisses dans leur intégralité. Concernant la **directive relative au droit des citoyens**, l'UE ne montre aucune volonté d'entrer en matière sur l'exclusion – en cas d'une reprise éventuelle de la directive relative au droit des citoyens dans l'ALCP – des sept domaines qui se fondent sur le concept de citoyenneté européenne et vont au-delà, selon la Suisse, de la libre circulation des personnes telle que convenue dans le cadre de l'ALCP. Quant aux **mesures d'accompagnement**, l'UE est certes prête à rouvrir le protocole 1, mais fait des contre-propositions concrètes uniquement sur une partie des demandes de la Suisse (notamment : clause de non-régression par rapport au niveau de protection garanti par le droit de l'UE et la jurisprudence de la CJUE, reconnaissance de mesures nationales additionnelles, du rôle des partenaires sociaux et de la détermination de la densité des contrôles dans le cadre strict fixé par le droit de l'UE pertinent à reprendre) et ne soumet rien sur d'autres points importants pour la Suisse (p. ex. demande d'élargir les exceptions contenues dans le protocole 1). Ces contre-propositions ne sont pas suffisantes pour garantir l'effet de protection des mesures d'accompagnement actuelles. En contrepartie d'une réouverture du texte du protocole 1 (initialement, une proposition de l'UE qui n'a pas été formellement négociée entre la Suisse et l'UE), l'UE s'attend à des concessions additionnelles de la Suisse, en particulier à un développement et renforcement des éléments du projet d'accord institutionnel liés à la cohésion.

Dans ce contexte, l'UE signale qu'elle est, conformément à sa politique habituelle, prête à **poursuivre les négociations en cours**, tout en attendant des concessions additionnelles de la Suisse. Comme convenu lors de la rencontre présidentielle du 23 avril 2021, les deux négociatrices de la Suisse et de l'UE restent en contact dans cette phase. Lors de leurs contacts, tout en réitérant son offre, la Suisse informe la Commission européenne des consultations menées par le Conseil fédéral en Suisse. La Commission européenne rappelle sa position déjà exprimée lors de la rencontre présidentielle du 23 avril 2021.

2.3 Résultats de la négociation

2.3.1 Champ d'application

Le projet d'accord institutionnel porte sur les cinq accords d'accès au marché existants, c'est-à-dire l'ALCP, l'accord sur les transports terrestres, l'accord sur le transport aérien, l'ARM et l'accord sur l'agriculture. À moins que la Suisse et l'UE n'en décident autrement, tout nouvel accord d'accès au marché (p. ex. l'accord sur l'électricité) entrera également dans le champ d'application de l'accord institutionnel, à condition qu'il renvoie explicitement à celui-ci. L'ALE 72, l'accord sur les marchés publics, l'accord de facilitation ainsi que l'accord statistique ne sont pas soumis à l'accord institutionnel malgré les exigences posées par le mandat de l'UE sur ce point.

2.3.2 Mécanismes institutionnels et fonctionnement de l'accord

Les mécanismes institutionnels (développement du droit, interprétation, surveillance et règlement des différends) constituent le véritable point central du projet d'accord institutionnel. En plus de ces mécanismes, la clause de résiliation, qui appartient au fonctionnement de l'accord, joue également un rôle dans l'appréciation du résultat de la négociation.

2.3.2.1. Développement du droit

Le projet d'accord institutionnel prévoit la **reprise dynamique du droit** (art. 5 en relation avec les art. 12 à 14), c'est-à-dire le principe selon lequel la Suisse et l'UE s'engagent à intégrer le droit de l'UE pertinent aussi rapidement que possible dans les accords d'accès au marché correspondants. Seuls sont pertinents les actes juridiques de l'UE qui sont adoptés dans les domaines couverts par les accords d'accès au marché. Certaines exceptions à la reprise dynamique sont prévues dans le protocole 2 du projet d'accord institutionnel. Dès la phase d'élaboration d'un acte législatif de l'UE, la Commission européenne devra en informer la Suisse et elle consultera des experts de la Suisse au même titre qu'elle demandera l'avis des experts des États membres de l'UE. Ce faisant, l'UE assurera à la Suisse la participation la plus large possible au processus de décision au sein de l'UE (« **decision shaping** »). Un droit de vote n'est, en revanche, pas prévu.

Les développements du droit de l'UE pertinents doivent être intégrés dans les accords d'accès au marché, conformément aux règles de l'accord concerné et dans le **respect des procédures internes suisses**. Chaque adaptation des accords concernés en vue d'intégrer un développement de l'acquis devra être convenue, soit au sein du comité mixte compétent, soit dans le cadre de négociations directes. Dans le cadre de ces discussions, des éventuelles modalités de reprise telles que des délais de transition particuliers, des adaptations institutionnelles ou des dispositions spécifiques pourront être établies. Pour chaque adaptation des accords concernés, l'acceptation définitive de celle-ci par la Suisse ne peut avoir lieu qu'après l'accomplissement de ses procédures internes respectives (y inclus le référendum). Ainsi, chaque reprise d'un acte juridique de l'UE dans un accord d'accès au marché nécessite une **décision indépendante de la Suisse**. Une reprise automatique du droit de l'UE, qui impliquerait l'intégration de ce droit dans les accords bilatéraux concernés sans aucune action de la Suisse, est exclue. Dans le cas où la modification d'un accord (impliquant éventuellement l'adaptation du droit national) nécessite l'approbation de l'Assemblée fédérale, la Suisse dispose d'un délai de deux ans maximum pour l'accomplissement de ses procédures internes. Si l'arrêté portant approbation est soumis au référendum, le délai est prolongé d'un an. Cela signifie que les délais de mise en œuvre prévus dans les actes juridiques de l'UE à reprendre s'appliquent à la Suisse uniquement lorsqu'ils sont plus longs que le délai de deux, respectivement de trois ans. Si un acte juridique de l'UE doit être mis en œuvre dans un délai inférieur à deux, respectivement trois ans, la Suisse examine si elle peut – selon les exigences du droit interne suisse – appliquer provisoirement la décision correspondante du comité mixte ou la révision de l'accord qui a été convenue à partir de la date de mise en œuvre au sein de l'UE.

Le projet d'accord institutionnel ne prévoit **pas de procédure dans le cas où une partie se voit dans l'impossibilité d'adapter un accord dans le délai imparti**, par exemple lorsque le délai de deux ans prévu pour la reprise d'un acte juridique de l'UE dans l'accord concerné échoit avant que l'adaptation convenue de celui-ci ait été ratifiée. Cette lacune peut être interprétée comme la volonté des parties de ne prévoir à cet égard aucune conséquence juridique spécifique. Le refus par l'une des parties d'adapter un accord en vue de l'intégration d'un développement de l'acquis crée un différend. Cette éventualité est prévue à l'art. 10 du projet d'accord institutionnel (voir ci-dessous le point consacré au règlement des différends). La procédure prévue à l'art. 10 du projet d'accord institutionnel s'appliquerait donc également si l'UE refusait d'adapter un accord, comme l'ARM.

2.3.2.2. Interprétation

Le **principe de l'interprétation uniforme** est défini à l'art. 4 du projet d'accord institutionnel. Les destinataires de cette disposition sont en premier lieu les tribunaux et les autorités compétentes pour la mise en œuvre des accords en Suisse et dans l'UE. Conformément à l'art. 4,

par. 1, du projet d'accord institutionnel, la Suisse et l'UE sont tenues d'interpréter et d'appliquer, chacune sur leur territoire respectif, les accords d'accès au marché concernés de manière uniforme et dans le respect des principes du droit international public. Si des notions de droit de l'UE sont concernées, celles-ci sont interprétées et appliquées par les deux parties conformément à la jurisprudence de la CJUE (par. 2). Cela adviendra normalement dès qu'il sera question d'appliquer des règles matérielles contenues dans les cinq accords concernés par l'accord institutionnel, dans la mesure où ceux-ci se fondent largement sur le droit de l'UE. Ce principe n'est en soi pas nouveau et figure déjà dans les accords d'accès au marché existants entre la Suisse et l'UE, notamment dans l'ALCP (art. 16, par. 2) et l'accord sur le transport aérien (art. 1, par. 2). Cependant, tandis que ces dispositions prévoient uniquement l'obligation de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE *antérieure* à la date de signature desdits accords, l'art. 4 du projet d'accord institutionnel prévoit que les autorités et tribunaux suisses doivent également tenir compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE *postérieure* à la signature de l'accord institutionnel.

2.3.2.3. Surveillance

Le projet d'accord institutionnel prévoit un **modèle à deux piliers** (art. 6 et 7). La Suisse et l'UE sont chacune responsables de l'application correcte des accords sur leur territoire respectif. La solution trouvée n'implique donc pas la création d'un organe de surveillance de caractère supranational et ne prévoit aucune compétence de la Commission européenne vis-à-vis de la Suisse, comme cela était exigé dans le mandat de négociation de l'UE.

2.3.2.4. Règlement des différends

La procédure de **règlement des différends** est définie à l'art. 10 du projet d'accord institutionnel. Il s'agit sur le fond d'une **procédure arbitrale classique**, telle qu'elle existe dans de nombreux traités internationaux – avec la particularité toutefois que le tribunal arbitral devra, si cela s'avère nécessaire et pertinent, saisir la CJUE pour l'interprétation du droit de l'UE contenu dans les accords. Le rôle confié à la CJUE dans le cadre du projet d'accord institutionnel résulte de la compétence en matière d'interprétation du droit de l'UE qui incombe en dernier lieu à la CJUE.

Avant de recourir au tribunal arbitral, les parties contractantes tentent de régler le **différend au sein des comités mixtes concernés**, comme cela est déjà prévu dans les accords existants. En cas de différend concernant l'interprétation ou l'application de l'accord institutionnel ou d'un accord concerné ainsi qu'en cas de différend concernant la reprise d'un développement du droit de l'UE dans un accord concerné, les parties se consultent donc dans un premier temps au sein du comité mixte sectoriel afin de trouver une solution mutuellement acceptable (art. 10, par. 1). Si le comité mixte ne parvient pas à trouver une solution dans un délai déterminé, chacune des parties peut demander la mise en place d'un tribunal arbitral paritaire (art. 10, par. 2). Le protocole 3 du projet d'accord institutionnel règle dans les détails la composition du tribunal arbitral et le déroulement de la procédure arbitrale. Les règles correspondent principalement au droit international dans ce domaine. Lorsque le différend soulève une **question concernant l'interprétation ou l'application d'une notion de droit de l'UE** et si son interprétation est nécessaire et pertinente pour régler le différend, le tribunal arbitral saisit la CJUE (art. 10, par. 3). Les parties contractantes ne sont pas autorisées à saisir directement la CJUE, mais doivent adresser une demande en ce sens au tribunal arbitral. La décision de saisir la CJUE relève exclusivement du tribunal arbitral. Si le tribunal arbitral refuse de saisir la CJUE, il doit motiver sa décision (protocole 3, art. III.9, par. 3). Pour régler le différend, le tribunal arbitral s'appuie sur l'accord institutionnel, sur les dispositions des accords d'accès au marché concernés ainsi que sur les règles pertinentes du droit international, lesquelles incluent également des principes généraux de droit international comme celui de la responsabilité des

États (protocole 3, art. IV.3, par. 1). Lorsque le tribunal arbitral soumet à la CJUE une question concernant l'interprétation d'une disposition du droit de l'UE, il doit tenir compte de l'arrêt de celle-ci dans le règlement du différend (art. 10, par. 3). Le différend concret est, cependant, toujours réglé par le tribunal arbitral.

Les parties contractantes sont en principe **liées par les décisions du tribunal arbitral**. La partie déboutée fait connaître à l'autre partie et au comité mixte compétent les mesures qu'elle a prises pour se conformer à la décision du tribunal arbitral (art. 10, par. 5). Si une partie contractante décide de ne pas mettre en œuvre la décision du tribunal arbitral ou si l'autre partie estime que les mesures prises ne sont pas conformes à la décision du tribunal arbitral, celle-ci peut prendre des mesures de compensation. Ces mesures peuvent aller jusqu'à la suspension de l'accord ou des accords concerné(s). Elles doivent néanmoins être proportionnelles en remédiant à un déséquilibre éventuel (art. 10, par. 6). Si les avis des parties divergent quant à la proportionnalité des mesures, la partie affectée par les mesures peut se tourner tout d'abord vers le comité mixte compétent. Si le comité mixte ne parvient pas à prendre une décision dans un délai déterminé, la partie affectée par les mesures peut soumettre la question au tribunal arbitral. Celui-ci statuera sur la question.

2.3.2.5. Clause de résiliation

L'art. 22 du projet d'accord institutionnel contient la **clause de résiliation** permettant à chaque partie de dénoncer l'accord institutionnel. Cette clause règle également les conséquences d'une telle dénonciation. Tout accord d'accès au marché conclu après la signature de l'accord institutionnel et y faisant explicitement référence prendrait fin en même temps que l'accord institutionnel, soit six mois après la dénonciation de celui-ci. La logique qui prévaut ici est que, d'une part, aucun nouvel accord d'accès au marché ne serait conclu par l'UE sans un accord institutionnel en vigueur et que, d'autre part, de tels accords renverraient aux mécanismes institutionnels de l'accord institutionnel et ne seraient plus opérationnels à ce niveau si ce dernier était supprimé. Cependant, les cinq accords d'accès au marché déjà existants et couverts par l'accord institutionnel ne cesseraient **pas automatiquement d'être applicables** si l'accord institutionnel était dénoncé. Le projet d'accord institutionnel prévoit plutôt un processus de consultation de trois mois, qui permettrait aux parties de discuter des conséquences de la fin de l'accord institutionnel sur les accords existants et de définir ensemble les prochaines étapes les concernant. Si les parties parviennent à trouver une solution, ces accords restent en vigueur. Dans le cas contraire, ils cessent également de s'appliquer après l'expiration du délai de dénonciation prévu par ceux-ci, qui est également de six mois. Toutefois, la clause guillotine incluse dans ces accords existants – étant donné qu'ils font partie du paquet des Bilatérales I – ne s'appliquerait pas ; c'est-à-dire que l'accord sur les marchés publics, qui fait également partie de ce paquet, resterait en vigueur.

2.3.3 Aides d'État

Dans le projet d'accord institutionnel, la Suisse et l'UE se sont mises d'accord sur des **principes matériels communs dans le domaine des aides d'État** qui correspondent à la législation de l'UE en la matière. Ces principes ne sont pas directement applicables – à l'exception de l'accord sur le transport aérien car il est le seul accord d'accès au marché existant qui contient déjà des dispositions relatives aux aides d'État. Le projet d'accord institutionnel prévoit également que cet accord soit complété – par le biais d'une décision de son comité mixte – par quelques nouvelles règles du droit de l'UE relatif aux aides d'État qui sont pertinentes pour le trafic aérien (art. 8B, par. 6 et annexe X ainsi que Déclaration conjointe UE-Suisse 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). Dans les accords d'accès au marché à conclure à l'avenir, tels que l'accord sur l'électricité, les principes sur les aides d'État contenus dans le projet d'accord institutionnel doivent être repris et complétés au besoin lors de la négociation de ces accords.

Le projet d'accord institutionnel établit également des **dispositions procédurales concernant les aides d'État**. Ainsi, il prévoit que chaque partie assure de manière indépendante le contrôle des aides d'État sur son territoire au moyen d'une autorité de surveillance propre (**modèle à deux piliers**). Pour la Suisse, cela signifie qu'une autorité suisse assurerait la surveillance des aides d'État de la Confédération, des cantons et, le cas échéant, des communes. La mise en œuvre concrète de cette surveillance serait intégrée dans le droit national et dépendrait du secteur économique en question. L'article 8B du projet d'accord institutionnel prévoit certaines modalités à cet effet, comme la mise en place d'une procédure de notification. En résumé, le niveau de surveillance suisse doit être équivalent à celui de l'UE, dans laquelle la Commission européenne assure la surveillance des aides d'État. Le projet d'accord institutionnel reconnaît d'ailleurs explicitement que la Suisse tient compte de son ordre de compétences constitutionnelles, notamment des principes de la séparation des pouvoirs et du fédéralisme, lors de la mise en œuvre de la surveillance des aides d'État.

Quant à l'**ALE 72**, il n'est pas directement concerné par les dispositions sur les aides d'État contenues dans le projet d'accord institutionnel. Selon un projet de décision du comité mixte que la Suisse et l'UE prévoient d'adopter dans le cadre de l'ALE après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel, les dispositions de l'ALE 72 en matière d'aides d'État (formulées de manière très générales) devraient toutefois être interprétées conformément aux dispositions correspondantes de l'accord institutionnel, dans la mesure où les parties décident d'une façon consensuelle de saisir le tribunal arbitral établi par l'accord institutionnel dans un cas concret de différend sur les aides d'État selon l'ALE.

2.3.4 Libre circulation des personnes

En qualité d'accord d'accès au marché, l'ALCP est **soumis à l'accord institutionnel** et donc au principe de la reprise dynamique établie par celui-ci. Le Conseil fédéral a cependant demandé l'octroi de diverses exceptions à ce principe dans trois domaines ayant un lien avec la libre circulation des personnes : 1) les **mesures d'accompagnement**, 2) la **directive relative au droit des citoyens** ainsi que 3) le règlement (CE) n° 883/2004 sur la **coordination des systèmes de sécurité sociale**. Si, dans ce dernier domaine, des exceptions existantes ont pu être exclues du principe de la reprise dynamique comme exigé par le mandat confié à la délégation suisse, il n'a pas été possible d'assurer un tel résultat pour les deux autres domaines.

En ce qui concerne les **mesures d'accompagnement**, l'UE considère que plusieurs d'entre elles ne sont pas conformes au principe de libre prestation des services inscrit dans l'ALCP et exige donc des adaptations. Dans le projet d'accord institutionnel, l'UE a soumis à la Suisse une *proposition avec le protocole 1*. Ce dernier prévoit que la Suisse reprenne le droit de l'UE pertinent dans le domaine du détachement de travailleurs (en particulier la directive d'exécution 2014/67/UE et la directive révisée (UE) 2018/957) dans un délai de trois ans après l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel. L'UE reconnaît toutefois que la reprise et la mise en œuvre de ce droit ne permettent pas de couvrir l'ensemble des besoins de protection en Suisse. C'est pourquoi, compte tenu des spécificités du marché du travail suisse ainsi que de la nature spécifique et restreinte de la libre prestation de services qui est limitée à 90 jours dans l'ALCP, elle a proposé – toujours dans le protocole 1 – d'accepter une série d'instruments

qui vont au-delà de ceux que prévoit la législation européenne sur le détachement de travailleurs. L'offre de l'UE comprend concrètement la garantie des mesures essentielles suivantes : 1) la possibilité d'un délai d'annonce préalable de quatre jours ouvrables dans les branches définies sur la base d'une analyse objective de risque, 2) le dépôt d'une garantie financière dans les branches définies sur la base d'une analyse objective de risque pour les acteurs n'ayant pas respecté leurs obligations financières ainsi que 3) une obligation de documentation pour les indépendants. L'offre de l'UE signifie que les mesures convenues dans le protocole 1 seraient exclues du principe de la reprise dynamique et que leur teneur ne pourrait être remise en question ni par le tribunal arbitral ni par un autre tribunal. Les autres mesures d'accompagnement ne seraient en revanche pas garanties par l'accord institutionnel et seraient soumises au principe de la reprise dynamique et à l'examen par le tribunal arbitral. Elles sont cependant similaires sur le fond aux mesures en vigueur dans l'UE. Dans le cadre des négociations visant à clarifier le projet d'accord institutionnel, il n'a pas été possible de modifier le protocole 1 de manière satisfaisante (voir le chiffre 2.2.5).

Quant à la **directive relative au droit des citoyens**, le projet d'accord institutionnel ne la mentionne pas. La Suisse n'a pas pu obtenir d'exception explicite dans l'accord en vertu de laquelle elle ne serait pas tenue de la reprendre dans l'ALCP. En cas de divergence concernant la question de la reprise de la directive relative au droit des citoyens, le mécanisme de règlement des différends prévu par l'accord institutionnel serait donc applicable. Dans ce contexte, il peut être supposé que le tribunal arbitral soumettrait les questions relatives à l'interprétation des dispositions pertinentes de la directive relative au droit des citoyens à la CJUE. Si le tribunal arbitral prenait une décision n'allant pas dans le sens souhaité par la Suisse, les modalités de reprise ou de reprise partielle de la directive devraient être négociées dans le cadre du comité mixte de l'ALCP. Si la Suisse refusait de reprendre la directive, l'UE pourrait adopter des mesures de compensation proportionnelles. Il s'agit d'un scénario réaliste dans la mesure où, dans le cadre des négociations visant à clarifier le projet d'accord institutionnel, l'UE n'était pas prête à accorder à la Suisse des exceptions explicites en cas d'une reprise éventuelle de la directive relative au droit des citoyens dans l'ALCP (voir le chiffre 2.2.5).

2.3.5 Déclarations conjointes et décision du comité mixte ALE 72

L'UE souhaitait encore soumettre d'autres accords existants à l'accord institutionnel, en particulier l'**ALE 72**. La Suisse a rejeté cette exigence dès le départ. Elle a fait valoir qu'il ne peut être question d'un accord d'accès au marché au sens de l'accord institutionnel que lorsqu'un accord repose sur l'harmonisation du droit entre la Suisse et l'UE (à savoir lorsque l'accord se base sur le droit pertinent de l'UE dans le domaine concerné) et qu'en contrepartie, il permet à la Suisse de participer pleinement au marché intérieur de l'UE dans ce domaine. Ce n'est pas le cas de l'ALE 72. L'UE s'est déclarée disposée à exclure l'ALE 72 pour autant qu'il soit mentionné dans le préambule de l'accord institutionnel et fasse l'objet d'une **déclaration conjointe dans laquelle la Suisse et l'UE affirment leur volonté d'engager des négociations sur sa modernisation**. La déclaration contient une liste non exhaustive de domaines qui s'inspire pour l'essentiel des accords globaux de libre-échange de dernière génération et qui doit encore être précisée par les parties à la négociation (ch. 6 et 7 de la déclaration). Pendant la période transitoire entre l'entrée en vigueur de l'accord institutionnel et celle d'un éventuel ALE modernisé, la déclaration prévoit en outre la possibilité de recourir au mécanisme de règlement des différends de l'accord institutionnel également dans le domaine de l'ALE 72. Dans un cas concret de différend, la condition pour pouvoir recourir à ce mécanisme est que les deux parties se soient mises d'accord sur ce point. Afin qu'il soit juridiquement possible de recourir au mécanisme de règlement des différends de l'accord institutionnel dans le cadre de l'ALE, le comité mixte de l'ALE 72 doit l'approuver formellement. Le **projet de décision** en ce sens est

annexé à l'accord institutionnel. Le comité mixte de l'ALE, qui dispose de peu de marge de manœuvre pour modifier le contenu de ce projet, prendra cette décision une fois l'accord institutionnel entré en vigueur.

Concernant la **cohésion**, une déclaration conjointe est annexée au projet d'accord institutionnel. Il y est précisé que la Suisse verse ses contributions dans ce cadre de manière autonome et au vu de son accès au marché intérieur de l'UE. Cette déclaration ne crée pas, pour la Suisse, d'obligation légale de verser régulièrement de telles contributions.

3 Appréciation du résultat de la négociation

3.1 Rappel des intérêts en présence

L'objectif que la Suisse poursuit de longue date en matière de politique européenne est de participer le plus largement possible au marché intérieur de l'UE et de coopérer avec celle-ci dans certains domaines d'intérêt, tout en conservant la plus grande autonomie politique possible. La **voie bilatérale**, une approche sur mesure, s'est révélée la plus efficace pour réaliser cet objectif de politique européenne. Elle préserve au mieux les intérêts de la Suisse par rapport à l'UE, sa principale partenaire économique et politique.

L'UE, quant à elle, insiste depuis quelques années pour que les accords bilatéraux soient complétés par des mécanismes institutionnels, prévoyant notamment la reprise dynamique du droit et un système efficace de règlement des différends, et a fait de la signature d'un accord institutionnel la **condition préalable à une participation de la Suisse à son marché intérieur** et plus particulièrement à la conclusion de tout nouvel accord d'accès à celui-ci. Son souci est de faire en sorte que des conditions de concurrence équitables (« level playing field ») s'appliquent à tous les acteurs du marché intérieur de l'UE. L'UE porte ainsi un intérêt particulier à l'homogénéité du droit en matière de libre circulation des personnes, domaine dans lequel il existe depuis des années déjà des divergences sur les questions de la reprise du droit et de l'interprétation du droit (les maîtres-mots étant ici les mesures d'accompagnement et la directive relative au droit des citoyens).

Dans ce contexte, le Conseil fédéral a engagé les négociations sur un accord institutionnel en s'attachant à **sécuriser** la voie bilatérale en ce qui concerne la participation au marché intérieur de l'UE et à la **développer** par la conclusion de nouveaux accords d'accès au marché.

3.2 Mandat de négociation de 2013

3.2.1 Domaine institutionnel

Outre les intérêts déjà mentionnés, un accord institutionnel présente aussi pour la Suisse des aspects problématiques dont elle a été d'emblée consciente. En effet, ce texte entraîne notamment des **conséquences en matière de souveraineté**. Dans son mandat de négociation du 18 décembre 2013 (voir 2.2.2 ci-dessus), le Conseil fédéral a reconnu, dans le **domaine institutionnel**, que le principe de la reprise dynamique du droit et la compétence de la CJUE pour l'interprétation du droit de l'UE constituent pour cette dernière des conditions *sine qua non* et doivent donc faire partie intégrante d'un accord institutionnel régissant la participation au marché intérieur de l'UE. En contrepartie, en ce qui concerne le développement du droit, une participation adéquate de la Suisse à l'élaboration du droit de l'UE pertinent a été exigée. En cas de non-reprise d'un développement pertinent du droit, seules des mesures de compensation proportionnées – pouvant aller jusqu'à la suspension partielle ou totale de l'accord

ou des accords concernés – doivent être autorisées. Quant à la surveillance de la bonne application des accords, elle doit être du ressort des autorités suisses. Dans le même temps, l'accord institutionnel ne doit porter que sur les accords d'accès au marché existants, à l'exclusion de l'ALE 72.

3.2.2 Points matériels

Par ailleurs, le mandat (voir 2.2.2 ci-dessus) comprenait également un certain nombre d'**intérêts essentiels** de la Suisse dans des **domaines matériels** comme les transports terrestres et surtout la libre circulation des personnes. Pour assurer la protection de ces intérêts, plusieurs exceptions à l'application de l'accord institutionnel ont été fixées dans le mandat de négociation de décembre 2013 (réserves matérielles relatives à la reprise dynamique du droit de l'UE et à la jurisprudence de la CJUE). Au nombre de ces « lignes rouges » figuraient en particulier le maintien des **mesures d'accompagnement** ainsi que l'**exclusion explicite d'une reprise de la directive relative au droit des citoyens** dans l'ALCP – deux domaines où, à l'inverse, l'UE espérait pour sa part un règlement des divergences avec la Suisse grâce à l'accord institutionnel (voir plus haut). Le conflit d'intérêts entre la Suisse et l'UE dans le domaine de la libre circulation des personnes était dès lors inévitable.

3.3 Évaluation du projet d'accord du 23 novembre 2018

Compte tenu du mandat de négociation de 2013 (y c. les précisions apportées à celui-ci le 2 mars 2018, à savoir une liste détaillée des mesures d'accompagnement à sauvegarder et un complément relatif aux aides d'État, voir 2.2.3.3 ci-dessus), l'évaluation que le Conseil fédéral a faite du projet d'accord du 23 novembre 2018 lui a permis de prendre acte des résultats suivants :

Le **champ d'application** de l'accord a été limité, conformément à la demande de la Suisse, aux cinq accords d'accès au marché existants ainsi qu'aux futurs accords d'accès au marché. L'ALE 72 et l'accord sur les marchés publics, notamment, ne sont pas couverts par l'accord institutionnel. Dans le cadre de l'accord institutionnel, les parties déclarent leur intention d'engager des négociations sur la modernisation des deux accords précités.

En ce qui concerne les conséquences des **mécanismes institutionnels** en termes de souveraineté, il a également été possible d'obtenir des ajustements dans le sens souhaité par la Suisse. Grâce à l'**exclusion de la reprise automatique des développements du droit de l'UE**, l'autonomie du législateur suisse a pu être assurée. Cela signifie que la Suisse bénéficie de délais suffisamment longs pour pouvoir continuer à décider de manière autonome de la reprise de chaque développement du droit de l'UE, conformément à ses procédures d'approbation internes (ce qui inclut la possibilité d'un référendum). En cas de non-reprise, l'UE a la possibilité de prendre des mesures de compensation proportionnées. La Suisse s'est en outre vu accorder le droit de participer à l'élaboration d'actes juridiques pertinents de l'UE (« decision shaping »).

Concernant la **surveillance** en Suisse des accords couverts par l'accord institutionnel, les autorités et tribunaux suisses restent par principe compétents pour garantir l'application et l'interprétation correctes des accords d'accès au marché. Ils doivent toutefois tenir compte de la jurisprudence pertinente de la CJUE en ce qui concerne les notions de droit de l'UE.

Comme il est d'usage en droit international, un tribunal arbitral a été mis en place pour le **règlement des différends**, tribunal dans lequel siègent de manière paritaire des arbitres nommés par la Suisse et l'UE. Il a fallu accepter la compétence de la CJUE pour l'interprétation du droit de l'UE contenu dans les accords. Si une partie contractante ne se conforme pas à une sentence arbitrale, la partie adverse peut prendre des mesures de compensation qui doivent être proportionnées, condition dont le respect peut être vérifié par le tribunal arbitral.

Concernant les dispositions matérielles relatives aux intérêts essentiels de la Suisse, certaines **exceptions** déjà prévues en sa faveur dans les accords d'accès au marché ont pu être soustraites au principe de la reprise dynamique des développements du droit. Par exemple, l'accord institutionnel confirme explicitement et garantit pour l'avenir l'interdiction de circuler la nuit et le dimanche ainsi que la limite de 40 tonnes pour les camions dans le domaine des transports terrestres, l'interdiction du transit des animaux d'abattage par la route dans le domaine de l'agriculture, et la non-exportation de certaines prestations dans le domaine de la coordination des systèmes de sécurité sociale qui relève de la libre circulation des personnes.

Quant aux **aides d'État**, les règles matérielles contenues dans l'accord institutionnel se limitent à définir un cadre juridique, qui devra être repris et éventuellement complété dans les futurs accords d'accès au marché pour pouvoir s'appliquer. S'agissant des accords d'accès au marché existants, les dispositions de l'accord institutionnel relatives aux aides d'État s'appliquent uniquement à l'accord sur le transport aérien, lequel comporte aujourd'hui déjà des dispositions pratiquement identiques à celles prévues dans l'accord institutionnel. En matière de surveillance, le modèle à deux piliers, demandé par la Suisse, est appliqué : la surveillance des aides d'État est assurée en Suisse par une autorité suisse et non par la Commission européenne.

En revanche, le mandat suisse n'a pas été respecté en ce qui concerne la **libre circulation des personnes**, ce qui signifie concrètement que la reprise de la directive relative au droit des citoyens n'est pas exclue de manière explicite et contraignante dans le projet d'accord et que les mesures d'accompagnement n'y sont pas garanties. S'agissant de ces dernières, l'UE reconnaît, compte tenu des particularités du marché du travail suisse, le besoin de mesures supplémentaires allant au-delà du droit de l'UE sur les travailleurs détachés, afin de garantir le niveau de protection des salaires. C'est pourquoi elle a proposé dans le protocole 1 de garantir dans l'accord institutionnel au moins partiellement trois mesures d'accompagnement spécifiques centrales (délai d'annonce préalable, obligation de dépôt d'une garantie financière et obligation de documentation pour les indépendants), mais cela ne satisfait pas aux exigences de la Suisse relatives à la préservation des mesures d'accompagnement actuelles. La directive relative au droit des citoyens n'est pas du tout mentionnée dans le projet d'accord, ce qui fait que la question de sa reprise n'est finalement pas réglée et reste sujette à controverse.

Enfin, la **clause de résiliation** pose elle aussi problème. Celle-ci établit un lien entre la résiliation de l'accord institutionnel et les accords relevant du champ d'application de ce dernier qui cesseraient d'être applicables dans un tel cas, créant ainsi un risque considérable pour les accords bilatéraux I, et donc indirectement pour Schengen/Dublin. Cela vaut même si les cinq accords actuels d'accès au marché – à la différence de futurs accords – ne cessent pas automatiquement d'être applicables du fait de la dénonciation de l'accord institutionnel, mais uniquement si aucune autre solution ne peut être trouvée à leur sujet dans le cadre d'un processus de consultation de trois mois. La marge de décision concernant une résiliation, mais aussi une révision de l'accord institutionnel serait donc fortement réduite dans les faits.

Dans son évaluation en date du 7 décembre 2019, le Conseil fédéral a considéré que le résultat des négociations alors obtenu correspondait dans une large mesure aux intérêts de la Suisse. Toutefois, **dans des domaines d'intérêt importants**, tous les éléments clés du mandat de négociation n'ont pas pu être intégrés dans l'accord, notamment en ce qui concerne les mesures d'accompagnement et la directive relative au droit des citoyens. C'est pourquoi le Conseil fédéral a renoncé à accepter le projet d'accord comme résultat commun des négociations et à le parapher.

3.4 Évaluation des résultats des négociations ultérieures menées au printemps 2021 sur les trois points encore ouverts

Les vastes consultations menées en Suisse auprès des acteurs politiques et économiques importants ont confirmé le besoin essentiel de procéder à des clarifications dans les domaines de la protection des salaires et de la directive relative au droit des citoyens ainsi qu'en matière d'aides d'État. Pour assurer que la position de la Suisse sur ces trois points recueille un soutien le plus large possible sur le plan intérieur, le Conseil fédéral a associé les cantons et les partenaires sociaux à l'élaboration des propositions de solutions. Le 11 novembre 2020, il a défini la position suivante :

- La Suisse demande uniquement d'**exclure la reprise dans l'ALCP de sept dispositions de la directive relative au droit des citoyens**, et non pas celle de ladite directive dans son intégralité.
- Elle réclame, non pas la garantie juridique de toutes les mesures d'accompagnement actuelles, mais uniquement la sécurité juridique en ce qui concerne le **maintien de leur effet de protection**, des objectifs clairs étant définis à ce sujet.
- S'agissant des dispositions relatives aux aides d'État, il convient uniquement de faire en sorte que celles-ci n'aient pas d'**effets anticipés horizontaux** sur les domaines couverts par l'accord institutionnel, en particulier sur l'ALE 72.

Les **négociations ultérieures** menées avec l'UE depuis janvier 2021 au sujet des clarifications demandées par la Suisse ont conduit à une meilleure compréhension mutuelle et ont abouti à des convergences sur certaines questions. Cependant, elles ont surtout confirmé les **divergences fondamentales** existant dans le domaine de la libre circulation des personnes, qui étaient déjà présentes au début des négociations.

- Concernant la directive relative au droit des citoyens, il existe entre la Suisse et l'UE une divergence fondamentale sur la conception de la **libre circulation des personnes**, telle que cette notion a été établie dans l'ALCP. Pour la Suisse, celle-ci se limite à la libre circulation des travailleurs et des membres de leur famille ; les personnes sans activité lucrative ne peuvent en bénéficier que si elles disposent de moyens financiers suffisants. Une éventuelle reprise de la directive dans l'ALCP doit donc se limiter aux aspects liés à la libre circulation des travailleurs et des membres de leur famille. Pour ce qui est de l'UE, en revanche, la notion de libre circulation des personnes a été étendue du fait de l'adoption de la directive relative au droit des citoyens et associée à celle de citoyenneté européenne. C'est pourquoi l'UE ne s'est pas montrée disposée à entrer en matière sur la solution proposée par la Suisse et à lui accorder les exceptions nécessaires s'agissant de la reprise de la directive relative au droit des citoyens dans l'ALCP.
- Concernant la protection des salaires et des travailleurs, la Suisse et l'UE appliquent désormais toutes deux le principe « **à travail égal, salaire égal** ». C'est pourquoi les règles de détachement existant dans les différents États membres de l'UE et en Suisse sont, dans leur ensemble, largement comparables aujourd'hui. Des différences existent en particulier en ce qui concerne certains instruments et en matière d'exécution (p. ex. délai d'annonce préalable, dépôt d'une garantie financière et obligation de prise en charge des frais). D'une part, ces différences découlent d'une autre organisation de l'exécution, la Suisse connaissant une longue tradition d'exécution duale, qui remonte bien au-delà de l'introduction de l'ALCP. Dans l'UE, l'implication des partenaires sociaux est certes également possible, mais le système d'exécution est toujours largement organisé par l'État. D'autre part, la Suisse a dans certains cas besoin d'instruments qui ne sont pas prévus par le droit de l'UE, et cela en raison du contexte particulier lié à la limitation de la libre prestation des

services à 90 jours et à son corollaire, la multiplication des missions courtes de prestation de services, ainsi qu'à un haut niveau d'exposition aux risques dû essentiellement aux écarts salariaux importants qui subsistent avec l'UE. Le Protocole 1 garantit déjà certains de ces instruments, mais de manière diminuée par rapport aux mesures d'accompagnement actuelles. Certes, l'UE a répondu à certaines préoccupations de la Suisse en faisant des contre-propositions concrètes. Elle n'était toutefois pas prête jusqu'ici à accepter le véritable objectif de la Suisse dans ce domaine, à savoir une meilleure garantie de la protection des salaires actuelle indépendamment d'éventuels développements négatifs du droit de l'UE et de la jurisprudence de la CJUE. Or, si les améliorations nécessaires ne sont pas apportées, l'effet de protection des mesures d'accompagnement actuelles **ne peut être complètement garanti**.

- Concernant les dispositions relatives aux aides d'État figurant dans l'accord institutionnel, l'UE était prête à entrer en matière en ce qui concerne le souhait de clarification émis par la Suisse, mais uniquement à condition que les deux autres points puissent être réglés au préalable. Comme il a été montré plus haut, cette condition **n'est pas remplie**.

La **rencontre de haut niveau** entre le président de la Confédération et la présidente de la Commission européenne le 23 avril à Bruxelles a confirmé les divergences et n'a donné lieu à aucun rapprochement. La Suisse a réitéré son offre de solution et précisé que sans concessions substantielles de l'UE sur les trois points encore ouverts, les conditions nécessaires à la poursuite des négociations et à la signature de l'accord institutionnel ne sont pas réunies. Même à l'échelle des négociatrices, il n'y a eu, depuis la rencontre au niveau présidentiel, aucun signe indiquant que l'UE ferait des concessions suffisantes à la Suisse.

3.5 Conséquences d'une non-conclusion de l'accord

Dans le dossier de l'accord institutionnel, les prochaines étapes doivent être décidées sur la base d'une **pesée des intérêts**. Les conséquences et les risques associés à la conclusion d'un accord sur la base du projet actuel, qui ont été décrits précédemment dans le présent document, doivent être mis en regard des inconvénients en cas d'absence d'accord. Étant donné qu'elles dépendent de multiples facteurs, les conséquences d'une absence d'accord institutionnel sont difficiles à formuler et à chiffrer, tout comme celles découlant de la conclusion d'un tel accord.

Il est presque impossible d'évaluer en amont les conséquences économiques pratiques pour la Suisse si, suite à la décision de ne pas conclure d'accord institutionnel, **l'accès au marché était limité** par l'UE **de manière graduelle**. Ces conséquences dépendraient en particulier des mesures concrètes prises par l'UE dans le cadre de la **politique de pression** qu'elle pratique à l'égard de la Suisse et, à l'inverse, de l'efficacité des mesures d'atténuation prises par la Suisse pour limiter les dommages (voir ci-dessous). La Suisse s'efforcera en outre, à travers une entente commune avec l'UE au sujet de leur coopération future, d'éviter ou d'atténuer toute dynamique négative.

Les conséquences suivantes sont déjà visibles ou prévisibles :

- En l'absence d'accord institutionnel, l'UE ne souhaite **pas conclure de nouveaux accords d'accès au marché** avec la Suisse : telle est sa position établie. Ainsi, la Suisse et l'UE n'ont pas conclu de nouvel accord d'accès au marché depuis 2008. En particulier, les accords prévus dans les domaines de l'électricité, de la **sécurité alimentaire** et du **commerce du bois** sont bloqués. Les chiffres suivants illustrent les conséquences financières, rien que pour le domaine de l'**électricité** : si le secteur de l'électricité estime que les pertes en termes de débouchés commerciaux risquent d'atteindre des centaines de millions de francs, une étude de l'EPFL de décembre 2019 évoque quant à elle un déficit commercial

à long terme (2030) pouvant aller jusqu'à un milliard de francs supplémentaire par an. Les mesures d'atténuation visant à stabiliser le réseau électrique suisse engendreront en outre des coûts supplémentaires de plusieurs millions de francs, étant donné que la Suisse sera exclue des plateformes d'échange de l'UE. Ces coûts supplémentaires se répercuteront sur le consommateur final en Suisse. La stabilité du réseau dépend de la mesure dans laquelle l'UE et ses États membres sont disposés à coopérer ; à moyen terme, c'est même l'approvisionnement en électricité qui pourrait se trouver menacé.

- En plus de cela, en décembre 2018, la **Commission européenne** a communiqué ne plus être disposée à actualiser les **accords d'accès au marché existants**, à moins d'un intérêt prépondérant de son côté. Se trouve ainsi bloquée, en particulier, l'actualisation du chapitre de l'ARM consacré aux **dispositifs médicaux**. Le secteur des technologies médicales prévoit des coûts supplémentaires initiaux de 115 millions de francs, auxquels s'ajouteront 70 millions de francs par an pour satisfaire aux exigences de l'UE vis-à-vis des États tiers. Il en résulterait des désavantages concurrentiels et une baisse de l'attrait de la place économique suisse qu'il est difficile de chiffrer. L'actualisation de plusieurs annexes de l'accord agricole est également bloquée, notamment en ce qui concerne l'**annexe vétérinaire**, ce qui pourrait entraîner des obstacles techniques au commerce à moyen terme (p. ex. réintroduction des certificats et des contrôles à la frontière). Les accords bilatéraux sur les transports terrestres et sur le transport aérien sont quant à eux actualisés pour le moment, avec quelques exceptions, peu nombreuses mais importantes (participation de la Suisse à l'ERA, cabotage dans le transport aérien). Les travaux menés en vue de l'actualisation de l'annexe III de l'ALCP (reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles) sont également poursuivis.
- Enfin, l'UE établit des liens **purements politiques** entre l'accord institutionnel et d'autres dossiers, en particulier en ce qui concerne les négociations dans le domaine de la **santé publique**, l'**équivalence boursière** et la participation de la Suisse aux programmes-cadres de l'UE dans les domaines de la **recherche**, de la formation et de la culture. En outre, la mise en œuvre de la deuxième contribution de la Suisse constitue depuis peu une condition supplémentaire à la participation suisse au programme-cadre de recherche.

Une non-conclusion de l'accord institutionnel créera comme effet immédiat une **incertitude** quant aux conditions qui régiront à l'avenir la participation de la Suisse au marché intérieur de l'UE ainsi que la collaboration entre la Suisse et l'UE dans des domaines importants de coopération. Sans possibilité de conclure de nouveaux accords d'accès au marché, il ne sera plus possible de développer l'accès au marché intérieur et la situation se détériorera étant donné que les accords existants ne pourront plus être actualisés. Au pire des cas, les relations entre la Suisse et l'UE risquent de revenir à une situation de libre-échange sur le moyen et long terme. Compte tenu du développement de la législation européenne relative au marché intérieur, la **compétitivité** et les avantages concurrentiels des acteurs suisses sur le marché intérieur risquent de diminuer, vis-à-vis de concurrents dans l'UE mais aussi des États tiers avec lesquels l'UE conclut de nouveaux accords. L'insécurité juridique affectant les relations de la Suisse avec son principal partenaire économique pourrait s'accompagner d'une baisse de l'**attrait de la place économique suisse** et d'un ralentissement des **investissements** en Suisse.

Pour parer à toute éventualité, le Conseil fédéral a commencé il y a un certain temps déjà à planifier et, quand cela était nécessaire et possible, à mettre en œuvre des **mesures d'atténuation** afin de réduire les conséquences négatives découlant d'une absence d'accord.

- En juin 2019, il a notamment activé la mesure visant à protéger l'infrastructure boursière suisse, en réaction à la décision de l'UE de ne plus accorder l'**équivalence boursière** à la

Suisse. Cette mesure permet jusqu'à ce jour aux négociants de l'UE de continuer à échanger les actions suisses sur les bourses suisses.

- Pour anticiper la non-actualisation du chapitre de l'ARM consacré aux **dispositifs médicaux**, le Conseil fédéral a décidé des adaptations du droit suisse à court et à moyen terme afin de garantir la sécurité de l'approvisionnement ainsi que la surveillance du marché en Suisse.
- Dans le domaine de l'**électricité**, plusieurs mesures ont été prises afin d'assurer la stabilité du réseau, par exemple la conclusion d'accords techniques (de droit privé) entre Swissgrid et des exploitants de réseaux européens.
- En ce qui concerne **Horizon Europe**, plusieurs scénarios sont en cours d'élaboration : le message relatif au financement de la participation de la Suisse, qui a déjà été adopté, permet d'utiliser les ressources de manière souple en vue d'une association complète, partielle ou liée à des projets avec le statut d'État tiers.
- Concernant **Erasmus**, une solution suisse garantit la mobilité européenne dans tous les domaines de formation, indépendamment d'une association au programme.

Il est évident que de telles mesures d'atténuation unilatérales, si elles sont possibles, ne sauraient compenser que **partiellement, tout au plus**, les conséquences négatives induites par l'absence d'actualisation des accords existants ou de conclusion de nouveaux accords avec l'UE. Il existe une exception à cela, qui est toutefois difficile à reproduire, à savoir la mesure visant à protéger l'infrastructure boursière, qui a même permis d'augmenter les revenus des bourses suisses.

Cette péjoration de l'accès au marché intérieur résultant de la position de l'UE ne peut être, par nature, compensée que de manière très limitée par des mesures unilatérales de la Suisse. C'est pourquoi il est évidemment indispensable de continuer à cultiver et à approfondir **le partenariat et le dialogue avec l'UE**. Or, la baisse d'efficacité des accords d'accès au marché impliquant également des conséquences négatives pour l'UE elle-même, une telle approche est également dans son intérêt à plus long terme.

3.6 Résultats des consultations des acteurs de la politique intérieure

À la suite de la rencontre de haut niveau qui s'est tenue le 23 avril à Bruxelles, le Conseil fédéral a consulté, le 26 avril 2021, les commissions de politique extérieure (CPE) de l'Assemblée fédérale au sujet de son évaluation selon laquelle sans concessions substantielles de la part de l'UE sur les trois dossiers ouverts, les conditions pour la poursuite des négociations ou la signature de l'accord institutionnel ne sont pas réunies pour la Suisse. Il a également mené une procédure de consultation auprès des cantons.

Dans leur prise de position du 10 mai, les **gouvernements cantonaux** ont indiqué partager l'évaluation du Conseil fédéral, à savoir que la Suisse a déjà fait des pas importants en direction de l'UE dans plusieurs domaines critiques, et que les positions des deux acteurs demeurent très divergentes. Comme le Conseil fédéral, ils estiment que des clarifications sur les trois points encore ouverts selon la Suisse sont indispensables pour que l'accord institutionnel puisse être signé. Dans le même temps, les cantons ont souligné que le Conseil fédéral devait entreprendre tout ce qui est son pouvoir afin d'établir des conditions stables pour les relations bilatérales avec l'UE, et épuiser toutes les options politiques qui s'offrent à lui dans cette perspective. Les cantons demeurent persuadés que les deux parties ont intérêt à trouver des solutions pragmatiques pour les points encore ouverts. S'il devait s'avérer possible de signer

l'accord, en particulier en raison de nouveaux développements ou de changements dans la position de l'UE, le Conseil fédéral aurait alors tout le soutien des gouvernements cantonaux.

Dans sa prise de position, la **CPE-E** ne s'est pas exprimée sur l'évaluation du Conseil fédéral, étant donné selon elle qu'il revient à ce dernier, en vertu des compétences qui lui sont conférées par la Constitution, de décider si les négociations doivent être interrompues, suspendues ou poursuivies. La majorité de la **CPE-N** a quant à elle exigé du Conseil fédéral qu'il poursuive avec la plus grande intensité les négociations sur les plans technique et politique, vise le meilleur résultat possible pour la Suisse, parvienne rapidement à la conclusion des négociations et adopte le message à l'attention du Parlement.

3.7 Bilan et conclusion

Les négociations sur un accord institutionnel doivent être considérées dans le contexte plus large des relations entre la Suisse et l'UE. La Suisse est l'État tiers avec lequel l'UE a conclu le plus grand nombre d'accords. Elle figure parmi les quatre premiers partenaires économiques de l'UE en termes d'échanges de biens, de services et d'investissements. Les échanges quotidiens de marchandises entre la Suisse et l'UE s'élèvent à environ un milliard de francs. La Suisse contribue largement à la libre circulation des personnes en Europe, puisque 7,2 % de tous les citoyens de l'UE-28 et de l'AELE qui ne vivent pas dans leur pays d'origine résident en Suisse. Le nombre de ressortissants de l'UE et de l'AELE vivant en Suisse atteint 1,4 million de personnes, auxquelles s'ajoutent 340 000 frontaliers de l'UE et de l'AELE ainsi que les personnes de l'UE et de l'AELE soumises à l'obligation d'annonce, dont le nombre dépasse en général largement les 200 000 par an. Loin de se limiter à l'économie et au marché du travail, le vaste partenariat qui lie la Suisse et l'UE sur la base de plus de cent accords couvre d'autres domaines politiques importants tels que la recherche et la formation, la sécurité, la justice et l'asile, ainsi que l'environnement, sans oublier un engagement international commun en faveur des droits de l'homme, de la démocratie et de la paix. Cette coopération fonctionne bien et se poursuivra indépendamment de la conclusion ou non d'un accord institutionnel.

Dans sa relation avec l'UE, la Suisse était et est toujours guidée au premier chef par l'intérêt de garantir son accès au marché intérieur de l'UE et d'en permettre l'extension future. Dès le début des négociations sur les **mécanismes institutionnels** exigés par l'UE, la Suisse a fait des **concessions** en donnant son approbation de principe à une reprise dynamique du droit et à la compétence de la CJUE pour interpréter le droit de l'UE, reconnaissant ces deux éléments comme faisant partie intégrante du cadre institutionnel.

Cette étape, qui représente un changement fondamental dans la relation entre la Suisse et l'UE, s'est d'emblée révélée épineuse du point de vue de la politique intérieure en raison de sa **signification politique en termes de souveraineté**. Ce problème a été exacerbé par la clause de résiliation de l'accord institutionnel, en vertu de laquelle la dénonciation de l'accord institutionnel mettrait fin aux accords d'accès au marché existants. Cette clause augmente considérablement le coût d'un retrait de l'accord institutionnel, empêchant *de facto* toute dénonciation.

Avant même le début des négociations, certains domaines de la libre circulation des personnes posaient problème, notamment la **protection des salaires** et la **directive relative au droit des citoyens**. C'est pourquoi la garantie des mesures d'accompagnement actuelles ainsi que l'exclusion explicite d'une reprise de la directive relative au droit des citoyens dans l'ALCP étaient déjà définies comme des « **lignes rouges** » dans le mandat de négociation de 2013. C'est notamment parce que ces deux points n'ont pas pu être réglés (ou de manière insuffisante en ce qui concerne la protection des salaires) dans le projet d'accord institutionnel de

novembre 2018 que le Conseil fédéral avait renoncé à parapher ce dernier. Sans surprise, les vastes consultations menées auprès des acteurs de la politique intérieure durant le premier semestre 2019 ont confirmé **l'intérêt essentiel** que représentent ces deux points, au même titre que les aides d'État.

Après avoir associé à la réflexion les cantons et les partenaires sociaux, le Conseil fédéral a concrétisé le 11 novembre 2020 sa **proposition de solution** concernant les trois points de l'accord institutionnel encore ouverts. La Suisse n'a pas demandé une exception à la directive relative au droit des citoyens dans son ensemble, ni une exception en matière de détachement de travailleurs, mais une série d'exceptions spécifiques pour des questions centrales qui bénéficient d'un large soutien politique interne et sont déterminantes pour parvenir à rallier une majorité autour de l'accord institutionnel. C'est pourquoi le Conseil fédéral a décidé de considérer ces exigences comme un **minimum absolu**. Car sans les améliorations exigées au niveau de la protection des salaires, l'effet de protection des mesures d'accompagnement actuelles ne peut être complètement garanti. Et sans la garantie explicite d'exceptions en cas de reprise de la directive relative au droit des citoyens dans l'ALCP, la politique d'immigration risquerait de subir un véritable changement de paradigme. Ce sont des risques que le Conseil fédéral ne veut pas prendre.

En dépit des efforts déployés par les deux parties, les **négociations ultérieures** n'ont guère permis de rapprochement. Les divergences entre les deux parties restent largement les mêmes.

Dans le cas de la directive relative au droit des citoyens, l'UE **n'était pas disposée à entrer en matière sur les exceptions exigées par la Suisse**. Concrètement, la Suisse voulait par exemple exclure d'une reprise les domaines suivants:

- le droit de séjour permanent,
- l'élargissement de la protection contre l'éloignement (ordre public) et
- l'extension du droit de séjour et du droit à l'aide sociale pour les personnes sans activité lucrative et pour celles qui se retrouvent en situation de chômage involontaire.

Ces exceptions explicites constituent des conditions *sine qua non* pour la Suisse. Le système d'admission binaire de la Suisse, qui a fait ses preuves, prévoit que dans le domaine de la libre circulation des personnes aussi, les ressortissants étrangers ne peuvent immigrer en Suisse que dans le but premier d'y exercer une activité lucrative ou s'ils sont membres de la famille de telles personnes. Dans le cas des personnes sans activité lucrative, le droit de séjour n'est accordé, dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'UE, que lorsqu'elles disposent de ressources financières suffisantes. La directive relative au droit des citoyens prévoit en revanche diverses situations dans lesquelles un droit de séjour peut être accordé aux personnes immigrées même lorsque celles-ci ne disposent pas de ressources financières suffisantes. Les exceptions demandées par la Suisse concernant la directive relative au droit des citoyens visent à garantir, à l'avenir aussi, ces principes éprouvés de la politique d'immigration, ce qui serait impossible en cas de reprise complète de ladite directive. Une telle reprise équivaldrait de fait à un **changement de paradigme** au niveau de la politique d'immigration, qui est largement acceptée par la population et les cantons. Cela irait également à l'encontre de la politique menée à ce jour par la Suisse et que le Conseil fédéral a défendue à l'égard du peuple et des cantons lors de toutes les votations portant sur la libre circulation des personnes. Le Conseil fédéral souhaite poursuivre, également dans le domaine de la libre circulation des personnes, cette politique d'immigration qui se caractérise par un taux d'activité supérieur à la moyenne, un faible taux d'aide sociale et une intégration globalement réussie de la population étrangère immigrée. L'abandon d'une telle politique aurait par ailleurs un impact sur les **coûts de l'aide sociale** des cantons. La

catégorie des personnes dont les rapports de travail ont été résiliés contre leur volonté et qui ne retrouvent pas d'emploi est celle qui pèserait le plus sur le système social. Si ces personnes doivent aujourd'hui quitter la Suisse au terme d'un certain délai, la reprise de la directive relative au droit des citoyens leur permettrait de rester en Suisse pour une durée indéterminée et de bénéficier de l'aide sociale, pour autant qu'elles continuent de faire des efforts pour s'intégrer au marché du travail. L'**élargissement de la protection contre l'éloignement** prévu par la directive relative au droit des citoyens est également problématique, puisqu'il serait en contradiction avec les dispositions contenues dans l'art. 121, al. 3 à 6, Cst., inscrit dans la Constitution fédérale suite à l'adoption de l'initiative sur le renvoi.

Afin de garantir l'**effet de protection des mesures d'accompagnement** indépendamment des développements du droit de l'UE et de la jurisprudence de la CJUE, la Suisse avait notamment demandé les améliorations spécifiques suivantes :

- une protection du principe « à travail égal, salaire égal », tel qu'il est garanti en Suisse, contre tout développement éventuel du droit de l'UE et de la jurisprudence de la CJUE qui pourrait affaiblir la protection des salaires actuelle assurée par les mesures d'accompagnement existantes (« clause de non-régression ») ;
- une garantie du régime suisse concernant les frais de détachement ;
- un délai d'annonce préalable de quatre jours ouvrables pour toutes les branches (pas seulement pour les branches à risque) ;
- une garantie financière générale, pas seulement en cas de récidive et dans toutes les branches (pas seulement dans les branches à risque).

L'UE n'a pas non plus accordé de concessions à la Suisse sur ces points.

Au contraire, au cours des négociations ultérieures, le caractère fondamental des **divergences matérielles** est devenu de plus en plus évident, notamment en ce qui concerne l'interprétation de la libre circulation des personnes dans le cadre de l'ALCP et la compréhension des demandes d'exceptions relatives aux mesures d'accompagnement de la Suisse. Ces divergences d'ordre matériel sont encore accentuées par le fait que les **intérêts** en jeu ne sont **pas les mêmes** pour les deux parties : après les concessions en matière de souveraineté qu'elle a déjà faites sur les mécanismes institutionnels, la Suisse a besoin d'une limitation de la reprise dynamique du droit, du moins dans le domaine sensible de la libre circulation des personnes, afin de protéger ses intérêts essentiels. Dans ce contexte, le Conseil fédéral n'a guère de marge de manœuvre sur les trois points qui doivent encore être clarifiés. Pour l'UE en revanche, la véritable valeur ajoutée de l'accord institutionnel réside précisément dans la reprise dynamique du droit, notamment dans le domaine de la libre circulation des personnes. Elle se montre dès lors peu compréhensive à l'égard des demandes d'exceptions formulées par la Suisse.

Compte tenu de ces divergences matérielles substantielles et des différents intérêts politiques en jeu, il ne faut **pas s'attendre à ce que les points en suspens soient rapidement réglés** dans le sens souhaité par la Suisse. Il n'est guère surprenant que ce soit dans les domaines de la directive relative au droit des citoyens et des mesures d'accompagnement que les divergences se révèlent insurmontables, puisque ce sont précisément ces deux thèmes qui ont incité au départ l'UE à demander la conclusion d'un accord institutionnel. Le Conseil fédéral a toujours indiqué qu'il ne signerait pas l'accord institutionnel si des solutions satisfaisantes n'étaient pas apportées aux demandes de clarification susmentionnées. Seul un **résultat de négociation globalement équilibré** dans l'intérêt de la Suisse pourrait garantir un soutien suffisant de la part des acteurs de la politique intérieure, un élément indispensable pour obtenir l'aval du Parlement et faire face au référendum qui serait très vraisemblablement lancé contre l'accord institutionnel. À cet égard, le Conseil fédéral estime que le rejet de l'accord par le

peuple constituerait le pire des scénarios et restreindrait fortement et pour de nombreuses années la marge de manœuvre de la Suisse en matière de politique européenne.

La décision de conclure ou signer un traité international – ou de ne pas le faire – est selon la Constitution fédérale de la compétence et responsabilité du Conseil fédéral. Pour le Conseil fédéral, les conditions requises pour la conclusion de l'accord institutionnel ne sont donc pas remplies pour les raisons exposées. Cette évaluation s'impose du fait que les objectifs définis le 11 novembre 2020 comme des normes minimales n'ont clairement pas été atteints. Elle se fonde sur les résultats des consultations menées auprès des CPE et des cantons, et est le fruit d'une **pesée des intérêts** qui prend également en compte les désavantages liés à la non-conclusion de l'accord institutionnel. Les conséquences de la non-conclusion d'un accord institutionnel et le risque, le cas échéant, d'une limitation graduelle par l'UE de l'accès au marché, sont toutefois difficiles à formuler et à chiffrer précisément à l'avance. Elles dépendent en effet tant de la réaction de l'UE que des éventuelles mesures prises par la Suisse. C'est pourquoi le Conseil fédéral veut accompagner l'absence d'accord institutionnel en poursuivant la planification de **mesures d'atténuation** unilatérales (limitation des dommages) et en s'efforçant de trouver une entente avec l'UE afin d'éviter dans toute la mesure du possible une dynamique négative, de **stabiliser** les relations avec l'UE (maintien de l'acquis) et de poursuivre la voie bilatérale dans l'intérêt commun des deux parties.