

Jahrbuch für Annuaire du droit Migrationsrecht de la migration

2016/2017

Alberto Achermann
Cesla Amarelle
Martina Caroni
Astrid Epiney
Jörg Künzli
Peter Uebersax
(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Alberto Achermann
Cesla Amarelle
Martina Caroni
Astrid Epiney
Jörg Künzli
Peter Uebersax

Jahrbuch für Migrationsrecht
Annuaire du droit de la migration

2016/2017

Jahrbuch für Migrationsrecht

Annuaire du droit de la migration

2016/2017

Alberto Achermann

Rechtsanwalt und assoziierter Professor an der Universität Bern

Cesla Amarelle

Professeure à l'Université de Neuchâtel

Martina Caroni

Professorin an der Universität Luzern

Astrid Epiney

Professorin an der Universität Freiburg

Jörg Künzli

Professor an der Universität Bern

Peter Uebersax

Professor an der Universität Basel, Gerichtsschreiber
und wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht in Lausanne

(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Umschlaggestaltung: Magma, Bern

Publiziert mit Unterstützung des Staatssekretariats für Migration.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017
www.staempfliverlag.com

© Stämpfli Editions SA Berne · 2017
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2773-8

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com, les versions suivantes sont également disponibles :

E-Book ISBN 978-3-7272-2774-5
Judocu ISBN 978-3-0354-1454-7

printed in
switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern



La « préférence indigène light » et sa compatibilité avec l'Accord sur la libre circulation des personnes

Véronique Boillet et Francesco Maiani

Table des matières

I.	Introduction : le 9 février et son impact (potentiel) sur les relations Suisse-UE	61
II.	L'art. 21a nLEtr et les premières orientations concernant sa mise en œuvre	64
III.	La conformité de l'art. 21a nLEtr à l'ALCP	65
	1. <i>Satisfecit</i> politiques et doutes juridiques	65
	2. Discriminations prohibées par l'ALCP	66
	3. Détermination des personnes susceptibles de s'inscrire auprès des services publics de l'emploi	68
	4. Examen du caractère discriminatoire de l'exigence d'inscription auprès des services publics de l'emploi	71
	5. La dimension diplomatique de la question	75
IV.	Conclusion	77

I. Introduction : le 9 février et son impact (potentiel) sur les relations Suisse-UE

Le 9 février 2014, l'électorat suisse a approuvé l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse ». Il a ainsi inscrit dans la Constitution fédérale suisse (Cst)¹ un nouvel article 121a prévoyant que la Suisse gère « de manière autonome » l'immigration au moyen de contingents, applique le principe de la préférence nationale et refuse la conclusion d'accords internationaux contraires à ces principes.

Approuvée à une très courte majorité, l'initiative a remis en question les fondements mêmes des relations Suisse-UE. Le texte de l'art. 121a Cst est en effet inconciliable avec l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)², qui exclut précisément tout contingent et toute préférence nationale sauf à titre de mesure transitoire vis-à-vis des ressortissants des Etats nouvellement entrés dans l'UE (v. art. 10 ALCP). Par ailleurs, la dénonciation de l'ALCP entraînerait la cessation d'une série d'autres accords de première

¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999 (Cst), RS 101.

² Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes conclu le 21.6.1999 (ALCP), RS 0.142.112.681.

importance par le jeu de sa « clause guillotine » (art. 25 ALCP), et la remise en question d'autres encore.³ En pratique, une remise à plat de l'édifice conventionnel patiemment bâti par la Suisse et l'UE pendant les vingt dernières années.

Les conséquences immédiates du vote du 9 février n'ont pas été aussi radicales, tant s'en faut. L'art. 197 ch. 11 Cst fixait un délai de trois ans pour « renégoci[er] et adapt[er] » les traités internationaux contraires, dont notamment l'ALCP. Il prévoyait aussi l'adoption de lois d'application dans le même délai et, à défaut, d'ordonnances d'application. Dans l'intervalle, l'art. 121a Cst n'a pas eu d'incidences sur l'application de l'ALCP en Suisse, et l'UE a pris le parti de ne pas précipiter les choses, tout en insistant sur une mise en œuvre pleine et entière de l'Accord.⁴ Des conséquences de moindre portée se sont néanmoins produites.

Ainsi, le Gouvernement suisse a dans un premier temps considéré que l'art. 121a Cst lui interdisait de signer le protocole sur l'extension de l'ALCP à la Croatie fraîchement paraphé (Protocole III).⁵ L'UE a alors décidé de ne pas renouveler l'association de la Suisse à certains programmes européens, dont le programme de recherche « Horizon 2020 »⁶. En vertu d'un accord signé ultérieurement, la Suisse a été associée partiellement à ce programme sous réserve du maintien de l'ALCP, alors que le retour à une association pleine et entière a été soumis à la condition supplémentaire de la ratification du Protocole III dans les trois ans suivant l'acceptation de l'initiative⁷, ce qui est maintenant chose faite.

Le Gouvernement suisse a entamé le travail de mise en œuvre de l'art. 121a Cst avec le but déclaré d'appliquer à la lettre le nouveau texte tout en préservant les relations avec l'UE.⁸ Il a ainsi commencé par proposer un

³ Conclusions du Conseil relatives à un marché unique élargi homogène et aux relations de l'UE avec les pays d'Europe occidentale non membres de l'UE, 16.12.2014, § 45, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/er/146316.pdf (visité le 17.7.2017).

⁴ Ibid., § 46.

⁵ *Département fédéral de justice et police (DFJP)*, Art. 121a Cst. (Gestion de l'immigration), Plan de mise en œuvre, 20.6.2014, p. 8, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/konzept-umsetz-f.pdf> (visité le 17.7.2017).

⁶ « Developments following the Swiss referendum on 9th February - statement by European Commissioner László Andor on behalf of European Commission to European Parliament plenary session », 26.2.2014, http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-32_en.htm (visité le 17.7.2017).

⁷ Accord de coopération scientifique et technologique du 5.12.2014, RS 0.424.11, art. 1 par. 2 et art. 13 par. 4-6.

⁸ Cf. Gestion de l'immigration : le Conseil fédéral opte pour une clause de sauvegarde, 4.12.2015, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-59812.html> (visité le 17.7.2017); cf. aussi *Peter Uebersax*, Zum bundesrätlichen Vernehmlassungsentwurf von Art. 121a BV, in : Jusletter du 16.3.2015, § 28.

avant-projet de loi ainsi qu'un mandat de renégociation de l'ALCP.⁹ L'UE ayant toutefois immédiatement répondu que le principe de libre circulation n'est pas négociable¹⁰, le Conseil fédéral a finalement adopté une stratégie en deux temps : chercher un « accord à l'amiable » avec l'UE portant sur une interprétation commune extensive de la clause de sauvegarde consacrée par l'art. 14 al. 2 ALCP¹¹, et, à défaut, adopter de manière unilatérale des seuils d'immigration pour les ressortissants UE.¹²

Moins de six mois avant la fin du délai imposé par la disposition transitoire de l'art. 197 ch. 11 Cst, le Parlement a toutefois décidé de refuser les propositions du Conseil fédéral afin d'élaborer son propre projet de loi.¹³ La loi finalement adoptée le 16 décembre 2016 (nLEtr) ne prévoit pas de « plafonds » ni de « contingents annuels ». ¹⁴ Elle introduit au contraire une série de mesures visant indirectement une réduction de l'immigration ou, selon l'intitulé de la loi, une meilleure « gestion de l'immigration » et l'« amélioration de la mise en œuvre des accords sur la libre circulation des personnes ». La pièce de résistance de ce paquet de mesures est ce qu'il est convenu d'appeler la « préférence indigène *light* » (art. 21a nLEtr).

Le choix du Parlement a été d'élaborer une solution « euro-compatible », bien que cela implique de s'écarter nettement du texte de l'art. 121a Cst.¹⁵ La compatibilité de la nouvelle loi avec l'ALCP n'est toutefois pas encore admise sans réserve, comme en témoigne la réaction mesurée des institutions européennes.¹⁶ Après une brève présentation de l'art. 21a nLEtr, et des pre-

⁹ Voir les documents disponibles sur la page https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/aktuell/gesetzgebung/teilrev_aug_art-121a.html (visité le 17.7.2017).

¹⁰ Lettre de Catherine Ashton, Haute représentante de l'Union européenne pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, adressée au Président de la Confédération le 24.7.2014, <https://www.sem.admin.ch/content/dam/data/sem/eu/fza/personen/freizueigigkeit/umsetz-mei/20140725-schreiben-ashton.pdf> (visité le 17.7.2017); Conclusions du Conseil (note 3), § 45.

¹¹ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 21.12.2015, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-60118.html> (visité le 17.7.2017).

¹² *Véronique Boillet*, La mise en œuvre de l'initiative « Contre l'immigration de masse » : Analyse sous l'angle de la démocratie directe, RDS 1/2016, p. 110 s. et les références citées.

¹³ Objet 16.027 : Loi sur les étrangers. Gestion de l'immigration et amélioration de la mise en œuvre des accords sur la libre circulation des personnes, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160027> (visité le 17.7.2017); Arrêté du Parlement du 16.12.2016, FF 2016 8651. FF 2016 8651.

¹⁴ Pour une analyse de la marge de manœuvre du Parlement dans la mise en œuvre de l'art. 121a BV, du point de vue du droit constitutionnel, cf. *Giovanni Biaggini*, Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen) ?, in : ZBI 11/2016, p. 588.

¹⁵ Conclusions du Conseil sur les relations de l'UE avec la Confédération suisse, 28.2.2017, § 3, <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2017/02/28-conclusions-eu-swiss-confederation> (visité le 17.7.2017).

nières orientations qui se font jour en ce qui concerne sa mise en œuvre, la présente contribution se penche sur cet aspect.

II. L'art. 21a nLEtr et les premières orientations concernant sa mise en œuvre

L'art. 21a nLEtr vise à « épuiser le potentiel qu'offre la main d'œuvre en Suisse » ce qui devrait indirectement contribuer à freiner l'immigration.

L'al. 1 confère d'abord au Conseil fédéral la compétence d'adopter des « mesures » non précisées à cet effet.¹⁷ Il prévoit ensuite un mécanisme défini aux alinéas 2 à 7 – l'obligation d'annonce dont il est question ci-après.

L'alinéa 2 définit l'objectif dudit mécanisme : il s'agit de mesures temporaires « visant à favoriser les personnes enregistrées auprès du service public de l'emploi en tant que demandeurs d'emploi ». De telles mesures sont à adopter lorsque « certains groupes de professions, domaines d'activité ou régions économiques enregistrent un taux de chômage supérieur à la moyenne ». Les alinéas 3 et 4 concrétisent les objectifs de l'al. 2 en imposant, comme anticipé, une procédure d'annonce obligatoire : une fois les « mesures » adoptées, les employeurs seront contraints de communiquer les postes vacants au service public de l'emploi, de convoquer à un entretien les candidats dont le profil correspond au poste et de transmettre le résultat des entretiens audit service. L'accès aux informations concernant les postes communiqués sera restreint aux personnes inscrites auprès du service public de l'emploi en Suisse pour une « période limitée » – cinq jours ouvrables, selon l'avant-projet d'ordonnance présenté par le Conseil fédéral en juin 2017 (« avant-projet OSE »).¹⁸

L'article 21a al. 6 nLEtr prévoit encore que le Conseil fédéral précisera périodiquement à quels professions et domaines d'activités s'imposera l'obligation de communiquer consacrée par l'alinéa 3. Selon l'avant-projet OSE, seront concernés les groupes de profession pour lesquels le taux de chômage national est égal ou supérieur à 5%. L'obligation d'annonce subsistera – avec application à l'échelon national, et sous réserve des exceptions visées aux al. 5 et 6 – pour tous les groupes inclus dans la liste, qui sera révi-

¹⁷ Le Conseil fédéral n'entend pas exercer cette compétence pour l'heure : *DEFR/SECO*, Rapport explicatif. Dispositions d'exécution relatives à la modification du 16.12.2016 de la loi fédérale sur les étrangers. Modification de l'ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services, juin 2016, p. 3 (ci-après : « Rapport explicatif OSE »).

¹⁸ Avant-projet de modifications à l'Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services (OSE), juin 2016, art. 53b al. 5.

sée annuellement.¹⁹ Selon les estimations du Conseil fédéral, environ 218'000 postes vacants par année seront concernés.²⁰

Une place particulière sera par ailleurs accordée aux cantons qui seront entendus et pourront proposer au Gouvernement l'introduction de mesures (al. 1, 7 et 8). Selon l'avant-projet du Conseil fédéral, des obligations d'annonce « régionales », d'une durée d'un an, pourront être introduites sur la base de telles propositions.²¹

Enfin, si les effets escomptés ne devaient pas être atteints ou si de nouveaux problèmes devaient apparaître, le Conseil fédéral pourra soumettre au Parlement des mesures supplémentaires (al. 8).

III. La conformité de l'art. 21a nLEtr à l'ALCP

1. *Satisfecit* politiques et doutes juridiques

A ce jour, il semble que les différents organes politiques suisses jugent la loi du 16 décembre dernier conforme à l'ALCP. En effet, tant l'Assemblée fédérale²² que le Conseil fédéral²³ ont qualifié le projet de préférence nationale de conforme au principe de libre circulation. Pour leur part, les institutions de l'Union européenne ont salué la décision du Parlement, tout en réservant leur jugement sur la compatibilité avec l'ALCP.²⁴

Si la solution proposée semble être accueillie favorablement au niveau politique, elle doit néanmoins faire l'objet d'une analyse juridique plus approfondie.²⁵ Comme relevé préalablement, en effet, l'objectif poursuivi par le projet de modification de la LEtr est d'« épuiser le potentiel qu'offre la main d'œuvre en Suisse » (art. 21a al. 1 nLEtr). Abstraction faite des « mesures » non précisées qui pourraient être prises sur la base des al. 1 et al. 8 – et dont

¹⁹ Ibid., art. 53a et 53d.

²⁰ Rapport explicatif OSE (note 17), p. 3-4.

²¹ Avant-projet OSE (note 18), art. 53e.

²² Objet 16.027 (note 13).

²³ *Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM)*, Rapport explicatif concernant le contre-projet direct du Conseil fédéral à l'initiative populaire « Sortons de l'impasse ! Renonçons à rétablir des contingents d'immigration », 1.2.2017, p. 15, https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/teilrev_aug_art-121a/vn-ber-rasa-f.pdf (visité le 17.7.2017).

²⁴ Cf. Conclusions du Conseil (note 16) ; voir également « La Commission européenne salue le progrès dans les relations entre l'Union européenne et la Suisse », 22.12.2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4501_fr.htm (visité le 17.7.2017).

²⁵ Au sujet des réserves juridiques soulevées par le concept de « préférence nationale *light* » au sein des institutions de l'Union, cf. l'article « Suisse-UE: l'UE précise ses limites concernant la 'préférence nationale *light*' », https://www.tradedirect.ch/feed/fragment/finance/fragment/news/news.jsp?body=true&id=201:20161012_1033&text=&newsLang=2&year=2016&dateFrom=&dateTo=&country=&timeFrom=&timeTo=&branch=&newsTitle=&lang=fr (visité le 17.7.2017).

la compatibilité avec l'ALCP devra être jugée le moment venu – l'objet même de l'obligation d'annonce est d'accorder une certaine priorité aux travailleurs inscrits au service public de l'emploi en Suisse : ces derniers connaîtront les postes vacants à l'exclusion – pendant une certaine période – de tout travailleur non-inscrit ; ils seront en outre convoqués à des entretiens de manière prioritaire. Il n'est pas certain que ces différences de traitement soient compatibles avec le principe de l'accès égal à l'emploi. Il y a donc lieu d'examiner plus en détail la réglementation proposée au regard des exigences consacrées par l'ALCP.

2. Discriminations prohibées par l'ALCP

Pour rappel, différentes dispositions de l'ALCP consacrent le principe d'interdiction de discrimination en raison de la nationalité : la disposition principale est l'art. 2 ALCP qui garantit aux ressortissants des Etats parties le droit de ne pas être discriminés en raison de leur nationalité lorsqu'ils séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante. Il est admis que cette disposition – pendant²⁶ de l'art. 18 TFUE²⁷ – a une portée générale et ne s'applique que subsidiairement, lorsque d'autres dispositions plus spécifiques ne sont pas invocables.²⁸

Fait notamment partie de ces dispositions plus spécifiques, l'art. 9 Annexe I ALCP. Le recours à cette disposition implique que l'on soit en présence d'un travailleur salarié au sens du droit de l'Union.²⁹ Or depuis l'arrêt *Antonissen* il est reconnu que les personnes qui cherchent un emploi dans un autre Etat membre relèvent de la notion de « travailleur » et peuvent se réclamer notamment de l'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi.³⁰

Lu en lien avec l'art. 7 let. a ALCP³¹, l'art. 9 Annexe I ALCP garantit précisément un droit à l'égalité de traitement s'agissant de l'accès à une activité économique³² et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de

²⁶ ATF 130 I 26 consid. 3.2.2.

²⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), JO C 202 du 7.6.2016, p. 1 ss.

²⁸ ATF 134 II 10 consid. 3.6. Pour une lecture restrictive, cf. CJUE, aff. C-70/09, *Hengartner et Gasser*, rec. 2010, I-7233, ECLI:EU:C:2010:430 ; *Véronique Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, thèse, Bâle 2010, p. 158 ss ; *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, Commentaire de l'art. 2 ALCP, in : Amarelle/Nguyen (éd.), Code annoté de droit des migrations – Vol. III : Accord sur la libre circulation des personnes, Berne 2014, p. 19 s., § 13.

²⁹ ATF 141 II 1 consid. 2.2.3 et les références citées.

³⁰ CJUE, aff. C-292/89, *Antonissen*, rec. 1991, I-745, ECLI:EU:C:1991:80. *Epiney/Blaser* (note 28), p. 52, § 37.

³¹ TF C 203/03 du 21.12.2006 consid. 2.2.

³² Notamment en matière de réintégration professionnelle ou de réemploi si le travailleur

travail. Il est admis que l'art. 7 let. a ALCP, tout comme l'art. 45 TFUE, vise tous les aspects liés à l'exercice d'une activité économique.³³ L'art. 9 Annexe I reprend, quant à lui, littéralement les art. 7 à 9 du Règl. 492/2011.³⁴ La jurisprudence de la CJUE relative à l'art. 45 TFUE ainsi qu'au droit dérivé duquel s'inspire l'ALCP doit dès lors être prise en compte lors de l'interprétation des art. 7 let. a ALCP et 9 Annexe I ALCP.³⁵

Les art. 2 ALCP et 9 Annexe I ALCP ne sont susceptibles de s'appliquer que dans les situations présentant un lien d'extranéité, les situations purement internes étant exclues du champ d'application de l'ALCP.³⁶ Ils prohibent les différences de traitement fondées sur la nationalité³⁷ et visent tant les discriminations directes (ou formelles) que les discriminations indirectes (ou matérielles).³⁸ Les premières visent « les mesures qui recourent expressément au critère de nationalité pour instituer une différence de traitement entre deux situations comparables »³⁹ et les secondes se caractérisent par des « critères de distinction en apparence neutres mais aboutissant, en fait, au même résultat qu'en cas de recours au critère de la nationalité »⁴⁰. Il suffit qu'une analyse de la disposition litigieuse laisse apparaître le « risque d'un traitement moins favorable des ressortissants d'autres Etats » pour admettre le caractère indirectement discriminatoire.⁴¹ Ont par exemple été jugées indirectement discriminatoires⁴², des mesures se fondant sur les critères du domicile⁴³, de forma-

est tombé au chômage (art. 9 al. 1 Annexe I ALCP). Pour le surplus, la notion d'accès doit, selon la doctrine, correspondre à celle prévue par le droit de l'Union et précisée par les articles 1 à 6 du Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15.10.1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257 du 19.10.1968, p. 2 ss.) devenus les articles 1 à 6 du Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5.4.2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, (JO L 141 du 27.5.2011, p. 1 ss.); *Boillet*, thèse (note 28), p. 172 et les références citées.

³³ *Epiney/Blaser* (note 28), p. 90, § 4.

³⁴ *Boillet*, thèse (note 28), p. 165; *Epiney/Blaser* (note 28), p. 90, § 5; *Cornelia Jung-hanss*, Untersuchung der Europäisierung und Internationalisierung des schweizerischen Arbeitsrechts, in: Pärli et al. (éd.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext – Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zurich/St-Gall 2017, p. 500, § 1181.

³⁵ *Boillet*, thèse (note 28), p. 165 ss.; *Epiney/Blaser* (note 28), p. 90, § 5; *Jung-hanss*, (note 34), p. 500, § 1182. Pour des exemples relatifs au Règl. 1612/68, cf. TF 2C_997/2015 du 30.6.2016 et ATF 139 II 393.

³⁶ Cf. *infra* section III.4.

³⁷ *Boillet*, thèse (note 28), p. 107.

³⁸ ATF 130 I 26 consid. 3.2.3; 140 II 141 consid. 7.1.1; *Boillet*, thèse (note 28), p. 117 ss.; *Epiney/Blaser* (note 28), p. 24, § 24.

³⁹ *Boillet*, thèse (note 28), p. 118 et les références citées. Pour un exemple, cf. ATF 131 V 390 consid. 7.

⁴⁰ *Boillet*, thèse (note 28), p. 120 et les références citées. Cf. ATF 131 V 209 consid. 6.

⁴¹ *Epiney/Blaser* (note 28), p. 25, § 25. Voir également *Boillet*, thèse (note 28), p. 121 s.

⁴² *Boillet*, thèse (note 28), p. 123 ss.; *Epiney/Blaser* (note 28), p. 25, § 25.

tion⁴⁴ ou du lieu de travail⁴⁵. A noter toutefois que le recours à de tels critères est susceptible de se justifier par des motifs objectifs qui doivent être proportionnés au but poursuivi.⁴⁶ La Cour de justice a par exemple jugé que la cohérence du système fiscal⁴⁷, la protection des travailleurs⁴⁸ ou un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale⁴⁹ pouvaient constituer des motifs objectifs. De simples difficultés administratives⁵⁰, des complications pratiques⁵¹ ou des motifs purement économiques⁵² n'ont en revanche pas été admis.⁵³

3. Détermination des personnes susceptibles de s'inscrire auprès des services publics de l'emploi

Lorsque les conditions relatives au taux de chômage sont réunies, l'art. 21a al. 3 et 4 nLEtr prévoit que seules les personnes inscrites auprès du service public de l'emploi en Suisse auront accès, durant une période limitée, aux informations relatives aux postes vacants et seront convoquées à des entretiens de manière prioritaire. Comme il a été relevé, cette disposition vise expressément à favoriser les personnes inscrites aux services publics suisses de l'emploi en leur garantissant un accès prioritaire aux postes vacants.

Pour déterminer si une telle réglementation est susceptible de présenter un caractère indirectement discriminatoire au sens de l'ALCP, il y a lieu de définir les conditions auxquelles un chercheur d'emploi peut s'enregistrer, selon

⁴³ Cf. notamment ATF 136 II 241 ; CJUE, aff. C-111/91, *Commission/Luxembourg*, rec. 1993, I-817, ECLI:EU:C:1993:92; aff. C-209/03, *Bidar*, rec. 2005, I-2119, ECLI:EU:C:2005:169, § 49 ss.

⁴⁴ CJUE, aff. C-224/98, *D'Hoop*, rec. 2002, I-6191, ECLI:EU:C:2002:432.

⁴⁵ CJUE, aff. C-419/92, *Scholz*, rec. 1994, I-505, ECLI:EU:C:1994:62, § 11 ; aff. C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, rec. 1998, I-47, ECLI:EU:C:1998:3, § 22-23.

⁴⁶ ATF 136 II 24 consid. 13.1. *Christa Tobler*, Indirect Discrimination – A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, Antwerpen/Oxford 2005, p. 196 ss. Voir également *Christine Kaddous/Diane Grisel*, Libre circulation des personnes et des services, Bâle 2012, p. 342 ss.

⁴⁷ CJUE, aff. C-204/90, *Bachmann*, rec. 1992, I-249, ECLI:EU:C:1992:35, § 28 ; CJUE, aff. C-385/00, *de Groot*, rec. 2002, I-11819, ECLI:EU:C:2002:750, § 106.

⁴⁸ CJUE, aff. C-279/80, *Webb*, rec. 1981, 3305, ECLI:EU:C:1981:314, § 19.

⁴⁹ CJUE, aff. C-158/96, *Kohll*, rec. 1998, I-1931, ECLI:EU:C:1998:171, § 41. Voir également notamment CJUE, aff. C-385/99, *Müller-Fauré*, rec. 2003, I-4509, ECLI:EU:C:2003:270, § 73.

⁵⁰ CJUE, aff. C-237/94, *O'Flynn*, rec. 1996, I-2617, ECLI:EU:C:1996:206, § 29 ; aff. C-18/95, *Terhoeve*, rec. 1999, I-345, ECLI:EU:C:1999:22, § 45.

⁵¹ CJUE, aff. C-187/96, *Commission/Grèce*, rec. 1998, I-1095, ECLI:EU:C:1998:101, § 22.

⁵² CJUE, *Kohll* (note 49), § 41 ; aff. C-400/02, *Merida*, rec. 2004, I-8471, ECLI:EU:C:2004:537, § 29-30.

⁵³ *Boillet*, thèse (note 28), p. 278 s.

les dispositions applicables en Suisse, auprès des services publics suisses de l'emploi et dès lors bénéficiaire d'une telle priorité.

L'art. 26 de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)⁵⁴ précise que les offices du travail « fournissent leurs services en toute impartialité aux demandeurs d'emploi suisses et aux employeurs domiciliés en Suisse » (al. 1) et qu'ils « placent et conseillent de même les demandeurs d'emploi étrangers séjournant en Suisse, dont le permis les autorise à exercer une activité lucrative et à changer d'emploi et de profession » (al. 2). Aussi, les ressortissants UE au bénéfice d'une autorisation de séjour avec activité lucrative (art. 4 ALCP et 6 Annexe I ALCP) ainsi que ceux à la recherche d'un emploi séjournant en Suisse (art. 2 al. 1 § 2 Annexe I ALCP)⁵⁵ peuvent-ils s'inscrire auprès des offices de l'emploi.

Parallèlement, aux fins de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI)⁵⁶, il est prévu que l'assuré s'inscrive auprès des services de l'emploi de la commune de domicile⁵⁷ ou à l'office compétent selon le droit cantonal. L'art. 12 LACI précise cette condition pour les ressortissants étrangers : ils doivent être au bénéfice d'une autorisation de séjour avec activité lucrative.

Pour déterminer le cercle des personnes susceptibles de requérir une inscription auprès d'un service public suisse de l'emploi, il convient encore de prendre en considération les règles européennes de coordination des systèmes de sécurité sociale consacrées par le Règl. 883/2004⁵⁸. Ces dernières visent no-

⁵⁴ Loi fédérale du 6.10.1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), RS 823.11.

⁵⁵ Pour rappel, « les chercheurs d'emploi sont des ressortissants d'une partie contractante qui se rendent sur le territoire d'une autre partie contractante pour y trouver un travail ou qui y ont déjà travaillé pour une durée inférieure à douze mois et y demeurent afin de retrouver un emploi », *Epiney/Blaser* (note 28), p. 52, § 37. Ils bénéficient d'une autorisation de séjour de trois mois, prolongeable jusqu'à une année au plus, art. 18 de l'Ordonnance du 22.5.2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes, OLCP), RS 142.303.

⁵⁶ Loi fédérale du 25.6.1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, LACI), RS 837.0. Il convient de rappeler que pour bénéficier des indemnités de chômage, une inscription auprès d'un service de l'emploi est notamment exigée. Il ressort en effet de l'art. 10 al. 3 LACI que « celui qui cherche du travail n'est réputé sans emploi ou partiellement sans emploi que s'il s'est annoncé à l'office du travail de son lieu de domicile aux fins d'être placé ».

⁵⁷ Cf. art. 19 al. 1 de l'Ordonnance du 31.8.1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI), RS 837.02. Selon l'art. 18 al. 1 OACI, « [e]st réputée lieu de domicile de l'assuré la localité où l'assuré réside au sens des art. 23 et 25 du code civil suisse ».

⁵⁸ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29.4.2004 sur la

tamment à assurer aux personnes qui font usage de leur droit à la libre circulation le maintien de leurs droits et avantages acquis ou en cours d'acquisition.⁵⁹ En matière de chômage, elles ont plus particulièrement pour objectif de garantir le droit aux indemnités. Or ce droit dépend, à l'instar du droit aux indemnités déduit de la LACI, de l'inscription auprès des services publics de l'emploi, raison pour laquelle le Règl. 883/2004 doit être lu en parallèle avec les art. 26 al. 1 et 2 LSE et 10 al. 3 LACI précités.

L'art. 11 al. 3 Règl. 883/2004 consacre le principe de la *lex loci laboris* : l'Etat du dernier emploi est en principe compétent pour l'octroi des prestations.⁶⁰ L'art. 64 al. 1 let. c Règl. 883/2004 prévoit tout d'abord que les *chômeurs à la recherche d'un emploi* peuvent bénéficier du principe d'exportation des prestations pendant une brève période de trois mois prolongeable jusqu'à un maximum de six mois lorsqu'ils se rendent dans un autre Etat membre et s'inscrivent comme demandeurs d'emploi auprès des services de l'emploi.

Plusieurs règles particulières visent par ailleurs les travailleurs frontaliers⁶¹ : les *frontaliers au chômage complet* bénéficient des allocations de chômage et s'inscrivent au service de l'emploi de leur Etat de résidence (art. 65 al. 2 et 5 let. a Règl. 883/2004).⁶² Il y a néanmoins lieu de relever qu'ils peuvent également s'annoncer, à titre complémentaire, aux offices de placement de l'Etat de dernier emploi (art. 65 al. 2 Règl. 883/2004).⁶³

Le Règl. 883/2004 vise également les *faux frontaliers*, soit les personnes qui résident et travaillent dans deux Etats membres différents, sans toutefois entrer dans la définition de travailleurs frontaliers⁶⁴ : ils se mettent à la disposition des services de l'emploi de leur Etat de résidence s'ils décident de retourner dans cet Etat (art. 65 al. 2 Règl. 883/2004).⁶⁵ En revanche, lorsqu'ils renoncent à un retour, ils relèvent alors de la compétence de l'Etat de leur dernier emploi (art. 65 al. 2 § 2 Règl. 883/2004).⁶⁶ A noter toutefois que s'ils choisissent l'Etat de résidence, une inscription complémentaire au sens de

coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 166 du 30.4.2004, p. 1 ss.) qui a remplacé le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14.6.1971.

⁵⁹ Chiffres 5 et 13 du Préambule du Règl. 883/2004.

⁶⁰ *Bettina Kahil-Wolff*, Droit social européen, Zurich 2017, p. 438, § 725; *Thomas Nussbaumer*, Arbeitslosenversicherung, in : Meyer (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Vol. XIV, 3ème éd., Bâle 2016, p. 2569, § 984; *Boris Rubin*, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 683, § 23.

⁶¹ Soit « toute personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un Etat membre et qui réside dans un autre Etat membre où elle retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine », art. 1 let. f Règl. 883/2004.

⁶² *Kahil-Wolff* (note 60), p. 683, § 24.

⁶³ *Nussbaumer* (note 60), p. 683, § 25.

⁶⁴ *Kahil-Wolff* (note 60), p. 442, § 737.

⁶⁵ CJUE, aff. C-443/11, *Jeltes e.a.*, arrêt du 11.4.2013, ECLI:EU:C:2013:224, § 27;

⁶⁶ *Nussbaumer* (note 60), p. 2573, § 997.

l'art. 65 al. 2 Règl. 883/2004 dans l'Etat de la dernière activité salariée est possible.⁶⁷

Enfin, les (*faux*) frontaliers au chômage partiel⁶⁸ bénéficient des prestations de l'Etat d'emploi comme s'ils y résidaient (art. 65 al. 1 Règl. 883/2004).⁶⁹

En définitive, bénéficient du droit de s'inscrire auprès des offices suisses de l'emploi :

- les ressortissants UE au bénéfice d'une autorisation de séjour avec activité lucrative (cf. art. 4 ALCP et 6 Annexe I ALCP) ainsi que ceux qui séjournent en Suisse à la recherche d'un emploi (art. 26 al. 2 LSE ; art. 8 al. 1 let. c LACI ; art. 2 al. 1 § 2 Annexe I ALCP et art. 11 par. 3 let. a Règl. 883/2004) ;
- les vrais frontaliers ressortissants UE au chômage complet (inscription complémentaire prévue par l'art. 65 al. 2 Règl. 883/2004) ;
- les faux frontaliers ressortissants UE au chômage complet (choix entre l'inscription dans l'Etat d'emploi ou dans l'Etat de résidence avec un droit à l'inscription complémentaire au sens de l'art. 62 al. 2 Règl. 883/2004) ;
- les vrais/faux frontaliers ressortissants UE au chômage partiel.

Il en ressort que les ressortissants UE qui cherchent un emploi en Suisse sans y séjournier, et qui ne sont pas des frontaliers, ne bénéficient pas du droit de s'inscrire auprès des services publics suisses de l'emploi. C'est à l'égard de cette catégorie de personnes que la procédure d'annonce préalable prévue à l'art. 16a nLEtr peut poser problème sous l'angle du principe de non-discrimination.

4. Examen du caractère discriminatoire de l'exigence d'inscription auprès des services publics de l'emploi

Nous l'avons vu, un ressortissant UE n'entrant dans aucun des cas de figure prévus par les art. 26 al. 2 LSE, 10 al. 3 LACI et 63 ss. Règl. 883/2004 verra sa demande d'inscription auprès d'un service public suisse de l'emploi refusée. Se posera dès lors la question de savoir si ce ressortissant UE, par hypothèse séjournant hors de Suisse mais activement à la recherche d'un emploi en Suisse, peut invoquer l'ALCP pour faire valoir le caractère discriminatoire de la priorité accordée aux termes de l'art. 21a nLEtr aux personnes inscrites auprès des services de l'emploi.

⁶⁷ *Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)*, Circulaire relative aux conséquences des règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 sur l'AC (Circulaire IC 883), 2^{ème} éd., Berne 2016, D45.

⁶⁸ « Chômage pour une partie de l'activité ; chômage dit technique, comme en cas de réduction des heures de travail lors d'intempéries ou autres circonstances », *Kahil-Wolff* (note 60), p. 441, § 735.

⁶⁹ *Kahil-Wolff* (note 60), p. 441, § 735.

a) *Applicabilité des dispositions de l'ALCP en matière de non-discrimination*

Avant de nous pencher sur le caractère discriminatoire ou non de l'exigence de séjour consacrée par l'art. 21a nLEtr – en lien avec les art. 26 al. 2 LSE, 10 al. 3 LACI et 63 ss. Règl. 883/2004 –, se pose tout d'abord la question de l'applicabilité de l'Accord. Comme nous l'avons relevé préalablement, il est en effet de jurisprudence constante que le champ d'application des différentes dispositions de l'Accord consacrant le principe de non-discrimination n'est ouvert que dans les situations présentant un lien d'extranéité.⁷⁰

Cette exigence a été interprétée largement, tant par la CJUE que par le TF : il est ainsi admis qu'un ressortissant d'un Etat partie peut faire valoir l'interdiction de discrimination à l'égard de son Etat d'origine dans lequel il séjourne, lorsqu'il a préalablement fait usage de son droit à la libre circulation.⁷¹ Pendant plusieurs années, le Tribunal fédéral a également interprété largement la condition d'extranéité à l'égard des doubles nationaux en jugeant que le seul fait de posséder la nationalité d'un autre Etat partie suffisait pour admettre le caractère transfrontalier et, partant, l'application de l'Accord.⁷² Dans un arrêt du début de l'année 2017, il a toutefois précisé son analyse en jugeant que les binationaux ne peuvent se prévaloir des droits consacrés par l'Accord que lorsque leur situation relève de la libre circulation⁷³, la double nationalité ne constituant plus un lien d'extranéité à lui seul.

Au vu des considérations qui précèdent, se pose la question de savoir si la situation d'un ressortissant UE résidant par hypothèse dans son Etat d'origine et cherchant depuis son domicile un emploi en Suisse présente un lien d'extranéité suffisant pour permettre l'application de l'Accord.

A notre sens, une réponse affirmative se justifie. Il est en effet possible de soutenir que l'élément transfrontalier se déduit ici des démarches entreprises par le ressortissant UE séjournant dans son Etat d'origine visant à conclure un contrat de travail avec un employeur situé en Suisse. En d'autres termes, dès lors qu'il s'agit ici de la conclusion d'un contrat de travail entre des personnes séjournant dans deux Etats parties, la situation présente un élément transfrontalier. Il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour de justice que l'élément transfrontalier se déduit non seulement du fait que la personne a

⁷⁰ *Epiney/Blaser* (note 28), p. 17, § 9.

⁷¹ ATF 136 II 241 consid. 11.3 et les références citées ; CJUE, aff. C-241/14, *Bukovansky*, arrêt du 19.11.2015, ECLI:EU:C:2015:766, § 36 ; aff. C-478/15, *Radgen*, arrêt du 21.9.2016, ECLI:EU:C:2016:705, § 40 ; *Boillet*, thèse (note 28), p. 190 s. ; *Epiney/Blaser* (note 28), p. 18, § 11.

⁷² Voir les références citées au consid. 3.4 de l'arrêt du TF 2C_284/2016 du 20.1.2017 (publication prévue).

⁷³ TF 2C_284/2016 du 20.1.2017 consid. 3.7 ss. (publication prévue) ; TF 9C_307/2016 du 29.3.17 (publication prévue).

exercé son droit à la libre circulation mais également qu'elle désire le faire mais en est empêchée.⁷⁴

A cet égard, la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle « une perspective professionnelle purement hypothétique dans un autre Etat membre ne constitue pas un lien suffisant avec le droit » de l'Union⁷⁵ – respectivement de l'ALCP – n'est pas applicable. En effet, dans l'arrêt en question, la perspective professionnelle était hypothétique, du fait que le ressortissant allemand résidant en Allemagne s'attaquait à une réglementation allemande lui refusant l'accès à une formation professionnelle et faisait valoir qu'un tel refus aurait potentiellement pour conséquence de l'empêcher, un jour, de postuler pour des postes dans d'autres Etats membres.⁷⁶ Dans le cas qui nous intéresse, la perspective n'est pas hypothétique, dans la mesure où les ressortissants des Etats parties peuvent se heurter effectivement à une différence de traitement comportant un désavantage par rapport aux personnes en quête d'emploi inscrites auprès des services suisses de l'emploi.

Une telle interprétation nous paraît par ailleurs être confortée tant par la systématique que les objectifs de l'Accord, l'art. 7 let. a ALCP visant expressément l'accès à une activité économique et l'art. 11 Annexe I ALCP prévoyant que « [l]es parties contractantes collaborent au sein du réseau EURES (European Employment Services), notamment dans le domaine de la mise en contact et de la compensation des offres et des demandes d'emplois (...) ».

Dans l'hypothèse où le lien d'extranéité est jugé suffisant – et partant, l'ALCP applicable –, il reste à déterminer dans quelle mesure l'art. 21a nLEtr, en lien avec les art. 26 al. 1 et 2 LSE et 10 al. 3 LACI, présente un caractère discriminatoire contraire à l'ALCP.

b) *Caractère discriminatoire*

L'art. 21a nLEtr n'opère pas de discrimination directement fondée sur la nationalité. Toutefois, lue en lien avec les art. 26 al. 2 LSE et 10 al. 3 LACI, et sous réserve de la situation des frontaliers, l'exigence d'inscription auprès des services publics suisses de l'emploi consacrée par l'art. 21a nLEtr équivaut à une condition de résidence.⁷⁷ Or une telle exigence, à moins de se justifier par des motifs objectifs, est indirectement discriminatoire, dans la mesure où elle est plus facilement remplie par les ressortissants nationaux et

⁷⁴ Francesco Maiani/Roland Bieber, Précis de droit européen, 3^{ème} éd., Berne 2016, p. 210 et les références citées.

⁷⁵ CJUE, aff. C-180/83, Moser, rec. 1984, I-2539, ECLI:EU:C:1984:233, § 18 ; aff. C-299/95, Kremzow, rec. 1997, I-2629, ECLI:EU:C:1997:254, § 16.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ De même que l'avait admis la CJUE par rapport à la condition d'assujettissement intégral à l'impôt allemand, CJUE, aff. C-269/07, Commission/Allemagne, rec. 2009, I-7811, ECLI:EU:C:2009:527, § 56.

désavantage principalement les ressortissants des autres Etats parties à l'Accord qui n'auront pas connaissance des postes vacants annoncés aux services publics suisses de l'emploi et ne bénéficieront pas du droit d'être convoqués à un entretien.

Reste à déterminer si une telle exigence est susceptible de se justifier par un motif objectif. L'art. 21a nLEtr définit lui-même le but poursuivi par les mesures qu'il consacre : répondre au chômage élevé dans les domaines ou régions particulièrement touchés en « épuis[ant] le potentiel qu'offre la main d'œuvre en Suisse » (al. 1).

Or, il est vrai que la protection des travailleurs et la lutte contre le chômage peuvent constituer des raisons d'intérêt général susceptibles de justifier des mesures à première vue indirectement discriminatoires.⁷⁸ Cependant, une mesure qui vise à lutter contre le chômage *en Suisse* en offrant aux personnes résidentes un avantage vis-à-vis des chercheurs d'emplois « externes » s'apparente plutôt aux mesures dont la Cour a jugé qu'elles visaient un « intérêt purement économique » : en effet, son objet même est d'améliorer le fonctionnement de l'économie nationale en érigeant une barrière – souple, il est vrai – à la libre circulation.⁷⁹ Il en va d'autant plus ainsi que la philosophie de l'ALCP – est celle de lutter contre le chômage en faisant rencontrer l'offre et la demande d'emploi au niveau *continental*, non pas au niveau national (cf. art. 11 Annexe I ALCP). Ainsi, la finalité même de l'art. 21a nLEtr semble contrarier la philosophie et les buts mêmes de l'ALCP.

Un argument systématique vient encore appuyer cette conclusion. En effet, la mesure consacrée par l'art. 21a nLEtr vise en dernière analyse à faire diminuer le taux de chômage en portant une atteinte – fût-elle « *soft* » ou « *light* » – au principe de non-discrimination sous-tendu à la libre circulation. Or la seule base appropriée pour une telle mesure, dans le cadre de l'ALCP, semble être l'art. 14 al. 2. Pour rappel, l'art. 14 al. 2 ALCP prévoit une clause de sauvegarde applicable « en cas de difficultés sérieuses d'ordre économique ou social ». Le recours à cette clause implique cependant une décision du Comité mixte, de telles mesures ne pouvant être adoptées de manière unilatérale par un Etat partie.

⁷⁸ Cf. p.ex. CJUE, aff. C-272/94, *Guiot*, rec. 1996, I-1905, ECLI:EU:C:1996:147, § 16 ; aff. C-341/05, *Laval*, rec. 2007, I-11767, ECLI:EU:C:2007:809, § 105.

⁷⁹ Cf. p.ex. CJUE, aff. C-398/95, *SETTG*, rec. 1997, I-3091, ECLI:EU:C:1997:282, § 20 ss. ; aff. C-628/11, *International Jet Management*, arrêt du 18.3.2014, ECLI:EU:C:2014:171, § 70 ; aff. C-385/12, *Hervis Sport*, arrêt du 5.2.2014, ECLI:EU:C:2014:47.

c) *Conclusion intermédiaire*

En définitive, les ressortissants UE exclus de la procédure de recrutement consacrée par l'art. 21a nLEtr auraient des bons arguments pour soutenir le caractère discriminatoire de cette exclusion et sa contrariété à l'art. 9 Annexe I ALCP. Par ailleurs, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'ALCP prime toute législations fédérale contraire.⁸⁰

L'on pourrait par ailleurs imaginer qu'un employeur suisse désire s'opposer aux obligations que lui impose l'art. 21a nLEtr. A cet égard, il y a lieu de rappeler la jurisprudence de la Cour de justice *Clean Car Autoservice*.⁸¹ La Cour de justice avait dû se pencher sur la conformité à l'art. 45 TFUE d'une législation prévoyant que le propriétaire d'une entreprise exerçant sur le territoire d'un Etat membre une activité artisanale, commerciale ou industrielle ne peut désigner comme gérant qu'une personne résidant dans ce même Etat. A cette occasion, la Cour a jugé que les employeurs doivent également pouvoir invoquer le principe de non-discrimination consacré par l'art. 45 TFUE. Selon elle, « pour être efficace et utile, le droit des travailleurs d'être engagés et occupés sans discrimination doit nécessairement avoir comme complément le droit des employeurs de les engager dans le respect des règles en matière de libre circulation des travailleurs »⁸². Cette jurisprudence doit également s'appliquer à l'égard de l'art. 9 Annexe I ALCP.⁸³

5. La dimension diplomatique de la question

L'analyse menée jusqu'ici s'est implicitement concentrée sur l'éventuel examen judiciaire de la compatibilité de l'art. 21a nLEtr avec l'ALCP. Il existe naturellement une autre dimension de la question, à savoir celle de l'examen de cette compatibilité sur le plan des rapports entre Suisse et UE, soit au sein du Comité mixte sur la libre circulation des personnes.

Pour rappel, le Comité mixte est composé de représentants des parties contractantes, soit de la Suisse, de l'UE et des Etats membres⁸⁴ et prend ses déci-

⁸⁰ ATF 142 II 35 consid. 3.2 s.

⁸¹ CJUE, aff. C-350/96, *Clean Car Autoservice*, rec. 1998, I-2521, ECLI:EU:C:1998:205.

⁸² CJUE, *Clean Car Autoservice* (note 81), § 25. Voir également aff. C-208/05, *ITC*, rec. 2007, I-181, ECLI:EU:C:2007:16, § 23.

⁸³ Kurt Pärli, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, in : Jusletter du 14.8.2006, § 62.

⁸⁴ *Alvaro Borghi*, Commentaire de l'art. 14 ALCP, in : Amarelle/Nguyen (éd.), Code annoté de droit des migrations – Vol. III : Accord sur la libre circulation des personnes, Berne 2014, p. 185, § 4.

sions « d'un commun accord » (art. 14 al. 1 ALCP), soit avec l'accord tant de la représentation suisse qu'européenne.⁸⁵

Depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP, le Comité mixte s'est réuni une fois par an, conformément à l'art. 14 al. 3 ALCP.⁸⁶

Faisant suite à l'adoption de l'art. 121a Cst, une première réunion extraordinaire (art. 17 ALCP) a cependant eu lieu le 25 octobre 2016⁸⁷ ainsi qu'au lendemain de l'adoption du texte final par les Chambres fédérales⁸⁸ afin de renseigner la Commission européenne et les Etats membres sur le projet de mise en œuvre de l'art. 121a Cst.

Comme il a été relevé, l'UE a accueilli positivement le projet de modification de la LEtr mais a fait savoir qu'elle continuerait à observer sa mise en œuvre afin de juger de sa compatibilité – et des directives du Conseil fédéral y relatives – avec l'ALCP.⁸⁹ Lors de la dernière réunion du Comité mixte, par ailleurs, la Commission et les Etats membres ont fait part à la délégation suisse de leurs réserves concernant certains points de l'avant-projet OSE.⁹⁰

Plusieurs scénarios peuvent dès lors se produire :

- La portée pratique de l'art. 21a nLEtr devant, semble-t-il, rester limitée, l'UE peut juger qu'il n'est politiquement pas nécessaire de s'opposer à cette mesure au sein du Comité mixte.
- Si l'UE juge en revanche que l'art. 21a nLEtr présente un caractère discriminatoire contraire à l'ALCP, et qu'il convient d'entreprendre des démarches pour s'opposer à cette violation, deux issues sont possibles : il est envisageable que les représentants des parties contractantes recourent à l'art. 14 al. 2 ALCP pour justifier lesdites mesures. Pour ce faire, il serait non seulement nécessaire que le Comité mixte – et plus particulièrement les représentants de l'UE et des Etats membres – admettent la présence de « difficultés sérieuses d'ordre économique ou social » (art. 14 al. 2 ALCP) dans les domaines d'activités ou régions économiques définis par le Conseil fédéral (cf. art. 21a al. 6 *in fine* nLEtr), mais aussi qu'ils jugent les mesures définies par l'art. 21a al. 3 et 4 nLEtr suffisamment « limitées, dans leur champ d'application et leur durée, à ce qui est strictement indispensable pour remédier à la situation » et « perturb[er] le

⁸⁵ Ibid., p. 186, § 8.

⁸⁶ *Véronique Boillet*, Commentaire de l'art. 19 ALCP, in : Amarelle/Nguyen (éd.), Code annoté de droit des migrations – Vol. III : Accord sur la libre circulation des personnes, Berne 2014, p. 225, § 6.

⁸⁷ Communiqué de presse du Secrétariat d'Etat aux migrations du 25.10.2016, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-64244.html> (visité le 17.7.2017).

⁸⁸ *Wie die EU auf den Inländervorrang reagiert – Zeichen der Entspannung*, Neue Zürcher Zeitung du 16.12.2016.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ *Libre circulation: le feu vert de l'UE attendra*, Le Temps du 4.7.2017, <https://www.letemps.ch/suisse/2017/07/04/libre-circulation-feu-vert-lue-attendra> (visité le 17.7.2017).

moins le fonctionnement » de l'ALCP (art. 14 al. 2 ALCP). Si le recours à l'art. 14 al. 2 ALCP devait être exclu, seule resterait alors ouverte la procédure de règlement des différends consacrée par l'art. 19 ALCP. Comme l'a relevé la doctrine, il ne s'agit cependant rien de plus qu'une procédure de règlement diplomatique des différends⁹¹ dont la portée pratique ne serait que psychologique, le recours à l'art. 19 ALCP par une partie contractante démontrant qu'elle juge le litige particulièrement important.⁹²

Naturellement, face à une mesure par hypothèse jugée contraire à l'Accord, l'Union serait aussi en droit de le dénoncer et de rendre caducs, par conséquence, les autres accords bilatéraux I. Au vu des efforts consentis par les autorités suisses pour mettre en œuvre de manière « euro-compatible » l'art. 121a Cst et du caractère relativement mineur de la « violation » en question, un tel scénario paraît toutefois extrêmement improbable.

IV. Conclusion

En commentant, sous l'angle des relations Suisse-UE, les mesures prises pour la mise en œuvre de l'art. 121a Cst, on est tenté de citer Shakespeare : *Much ado about nothing*. Alors qu'une application du texte à la lettre aurait remis en question les fondements mêmes des relations bilatérales, le Parlement suisse a opté pour des mesures limitées prenant soin d'éviter toute violation importante de l'ALCP. Le ton positif et conciliant des premières réactions de l'UE semble dû, du moins en partie, à un sentiment de soulagement tant la crise annoncée paraissait grave.

Cela dit, les *satisfecit* politiques du matin suivant ne sauraient remplacer une analyse plus approfondie de la compatibilité de l'art. 21a nLEtr avec l'ALCP. Or une telle analyse mène selon nous à la conclusion que les solutions trouvées, pour *soft* ou *light* qu'elles soient, sont juridiquement douteuses. Elles introduisent une disparité de traitement qui est largement fondée sur le lieu de résidence, le tout dans une perspective qui est intrinsèquement contraire à la philosophie de la libre circulation – rechercher le plein emploi au plan local en essayant de désavantager les « externes » en quête d'emploi.

Cela ne signifie naturellement pas que l'art. 21a nLEtr est condamné. Même si l'on partage l'analyse qui a été proposée ici, il est tout à fait possible que la violation du principe d'égalité – légère, il faut le souligner encore une fois – reste sans suites concrètes. D'une part, car il est loin d'être certain qu'il se trouve un travailleur ou employeur suffisamment bien informé et suffisamment motivé pour lancer une action judiciaire contre une éventuelle discrimi-

⁹¹ Cf. références citées in : *Boillet*, Art. 19 ALCP (note 86), p. 224, § 5.

⁹² *Edith Honegger*, Die Gemischten Ausschüsse in den sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, Lausanne 2004, p. 13.

nation. D'autre part, car même si la mise en œuvre concrète de l'art. 121a Cst commence à provoquer des haussements de sourcils au sein du Comité mixte, il n'est pas certain que l'Union aille au-delà des protestations.